Clemens Berkenbrock

RECHTSFOLGEN DER AUSÜBUNG VON RECHTEN AUS AKTIEN ENTGEGEN § 20 VII AKTIENGESETZ

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547213_0012

Rechtsfolgen der Ausübung von Rechten aus Aktien entgegen §20 VII Aktiengesetz

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Clemens Berkenbrock
aus Darfeld

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Dekan: Prof. Dr. Achterberg

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Juni 1977

Inhaltsübersicht

Einleitung 1

Erstes Kapitel — Der Bezug der Dividende entgegen §20 VII 5

1. Abschnitt: Die Anwendbarkeit von §62 5

2. Abschnitt: Einzelheiten des Anspruchs aus §812 BGB 20

a) Die Bedeutung der Nachholung der Mitteilung 20

b) Der Umfang des Bereicherungsanspruchs: entsprechend der Dauer des Unterlassens der Mitteilung? 25

c) Der maßgebliche Zeitpunkt 35

d) Die Höhe des Anspruchs bei teilweiser Mitteilung 40

e) Die Bedeutung der Abtretung des Dividendenanspruchs für §20 VII 42

f) Der Rechtsverlust nach §20 VII und der Adressat des Bereicherungsanspruchs im Falle der Zurechnung von Aktien nach §16 IV 53

g) Die Bedeutung der Zurechnung nach §20 II für den Rechtsverlust nach §20 VII 61

h) Die Befugnis zur Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs der AG 67

3. Abschnitt: Der Bezug von Dividende entgegen §20 VII als Verstoß gegen ein Schutzgesetz 71

a) §20 VII als Schutzgesetz zugunsten der übrigen Aktionäre und der Gläubiger 71

b) §20 VII als Schutzgesetz zugunsten der AG 74

4. Abschnitt: Der Verbleib der nach §812 BGB an die AG zurückgezahlten Dividende 80

a) Die Bedeutung des §20 VII für den Dividendenanspruch der übrigen Aktionäre 80

b) Die Notwendigkeit erneuter Beschlußfassung durch die HV 85

c) Die steuerrechtlichen Folgen 93

Zweites Kapitel — Die Ausübung des Bezugsrechts entgegen §20 VII im Falle der Kapitalerhöhung gegen Einlagen 99

1. Abschnitt: Die Bedeutung von §20 VII für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung 100

2. Abschnitt: Der Inhalt des Anspruchs der AG gegen das mitteilungssäumige Unternehmen 104

a) Der Sanktionszweck von §20 VII hinsichtlich des Bezugsrechts 105

b) Die Höhe des Bezugsrechts der übrigen Aktionäre auf Grund von §20 VII 109

c) Bedenken aus §71 gegen die Rückgabe der Aktien 119

d) Die Veräußerung des Bezugsrechts 122

3. Abschnitt: Die Anspruchsberechtigung 124

a) Im Falle des unmittelbaren Bezugsrechts 124

b) Im Falle des mittelbaren Bezugsrechts 125

Drittes Kapitel §20 VII im Falle der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln 130

1. Abschnitt: Die Bedeutung des Wortlauts von §20 VII 130

2. Abschnitt: Die Bedeutung des Unterschieds zur Kapitalerhöhung gegen Einlagen 132

3. Abschnitt: Andere gesetzliche Regelungen 135

Viertes Kapitel Die Teilnahme am Liquidationserlös 140

Fünftes Kapitel Die Ausübung des Stimmrechts entgegen §20 VII 144

1. Abschnitt: Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses? 144

2. Abschnitt: Bedenken gegen die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit 145

a) Auf Grund der Regelung in §405 III Nr.5 145

b) Auf Grund der Ähnlichkeit zu §243 III 147

c) Bedenken gegen die Anfechtbarkeit auf Grund des Zwecks von §20 VII 149

3. Abschnitt: Schadensersatz wegen Ausübung des Stimmrechts entgegen §20 VII 153

Literaturverzeichnis

Adler/Düring/Schmaltz	Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft Handkommentar 4.Aufl. Stuttgart 1968 - 1971
Ballerstedt, Kurt	Besprechung der 3.Aufl. des Kommentars von Godin-Wilhelmi in: JZ 1968, 397 ff
Baumbach-Hueck	Kommentar zum Aktiengesetz 12.Aufl. München u.Berlin 1965 13.Aufl. München 1968
Beiträge zur Aktienrechtsreform	Hrsg. von Hans Hengeler Heidelberg 1959
Bernhardt, Wolfgang	Mitteilungs-, Bekanntmachungs- und Berichtspflichten über Beteiligungen nach neuem Aktienrecht in: BB 1966, 678 ff
Bezzenberger, Gerold	"Dividendenverzicht" des Großaktionärs in: Das Wertpapier 1967, 291 ff
Blümich-Klein-Steinbring-Stutz	Kommentar zum Körperschaftssteuergesetz 4.Aufl. Berlin und Frankfurt 1965
Brauksiepe, Jochen	Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts in: BB 1966, 869 ff
Buchführung und Bilanz	Loseblattsammlung o.O., o.J. (zit.: BuB)
Bühler-Paulick	Handkommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftssteuer 2.Aufl. München-Berlin 1962
Deutsch, Erwin	Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände in: JZ 1963, 385 ff
Eckardt, Ulrich	Die Ausstattung der neuen Aktien bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in: BB 1967, 99 ff
Emmerich-Sonnenschein	Konzernrecht - Studienbuch München 1973
Erman-H.P.Westermann	Handkommentar zum BGB 6.Aufl. Münster 1975

Esser, Josef	Schuldrecht - Lehrbuch Bd.I 3.Aufl. Karlsruhe 1968 Bd.II 3.Aufl. Karlsruhe 1969 Bd.I 4.Aufl. Karlsruhe 1970 Bd.II 4.Aufl. Karlsruhe 1971
von Falkenhausen, Bernhard	Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) Karlsruhe 1967 (zit.: Grenzen)
von Falkenhausen, Kurt	Abhängige Unternehmen und Mitteilungspflicht nach §§20, 21 AktG 1965 in: BB 1966, 875 ff
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht 6.Aufl. Berlin und New York 1976
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2.Bd. 2.Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1975
Förschner, Edzard	Zur Problematik der Verwertungsaktie in: AG 1964, 61 ff
Frankfurter Publizitätsgespräch	Vorträge und Diskussionen Frankfurt 1962
Gemeinsame Denkschrift zum RefE eines Aktiengesetzes	Hrsg. vom Bundesverband der Deutschen Industrie u.a. Köln/Bonn 1959
Geßler, E.	Das neue Aktienrecht in: BB 1965, 677 ff
Geßler, Hefermehl, Eckardt, Kropff	Kommentar zum Aktiengesetz München 1973 ff (zit.: Geßler, Hefermehl ua.)
Gessler, Jörg	Kommentar zum Aktiengesetz 3.Aufl. Frankfurt 1970
Großfeld, Bernhard	Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär Tübingen 1968 (zit.: Großfeld)

Großkommentar zum Aktiengesetz	Berlin 1939 2.Aufl. Berlin 1961 - 1965 3.Aufl. Berlin-New York 1970 - 1975 (zit.: Würdinger usw. in Großkommentar)
Großkommentar zum HGB	3.Bd. 3.Aufl. Berlin-New York 1973
von Godin-Wilhelmi	Kommentar zum Aktiengesetz 4.Aufl. Berlin-New York 1971
Guntz, Dieter	Das Subjekt des Bezugsrechts auf Aktien und des Anspruchs auf Gratisaktien in: AG 1958, 177 ff
Havermann, Hans	Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965 in: WPg 1966, 30 ff
Herrmann-Heuer	Kommentar zur Einkommenssteuer und Körperschaftssteuer 16.Aufl. Köln 1950 - 1974
Herschel, Wilhelm	Rechtsmißbrauch und Rechtsnachfolge in: ZAkDR 1940, 76 ff
Hueck, Götz	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht München und Berlin 1958 (zit.: Gleichmäßige Behandlung)
Immenga, Ulrich	Besprechung des Kölner Kommentars in: BB 1973, 1036
Jahr, Günther	Ungerechtfertigte Bereicherung bei Verfügungsermächtigung in: JuS 1963, 397 ff
Keuk, Brigitte	Der Begriff der berücksichtigungsfähigen Ausschüttung (§19 Abs.3 KStG) in: DB 1970, 1755 ff
Klunzinger, Eugen	Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte der Gewinnverteilung in: JA 1973, 719 ff
Knöpfle, Robert	Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs.2 BGB in: NJW 1967, 697 ff

Koehler, Walter	Der Referentenentwurf eines AktG in: JZ 1959, 73 ff, 110 ff
Kölner Kommentar	Kommentar zum Aktiengesetz Köln-Berlin-Bonn-München 1970 ff
Koppensteiner/Kramer	Ungerechtfertigte Bereicherung Berlin-New York 1975
Kropff, Bruno	Textausgabe des Aktiengesetzes 1965 und des Einführungsgesetzes mit Begründung zum RegE und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags Düsseldorf 1965 (zit.: Kropff)
-	Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965 in: BB 1965, 1281 ff
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts 1.Bd. Allgemeiner Teil 9.Aufl. München 1968 11.Aufl. München 1976
Lehmann-Dietz	Gesellschaftsrecht 3.Aufl. Berlin und Frankfurt 1970
Leo, Hans-Christoph	Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht in: AG 1965, 352 ff
Lenckner, Theodor	Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht in: NJW 1965, 321 ff
Lerche, Peter	Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater in: Juristische Analysen 1970, 821 ff (zit.: Lerche)
Lorenz, Egon	Neue Aspekte zum Rückgriff des Versicherers gegen den Versicherten in: NJW 1972, 2281 ff
Lutter, Marcus	Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG Karlsruhe 1964 (zit.: Lutter, Kapital)
-	Erläuterungen zum Aktiengesetz in: Das Deutsche Bundesrecht II D 20

Lutter, Marcus	Gescheiterte Kapitalerhöhungen in: Festschrift für Wolfgang Schilling, hrsg. von Robert Fischer und Wolfgang Hefermehl Berlin und New York 1973 S.207 ff
Marburger Aussprache zur Akteinrechtsreform	Marburg 1959
Mehrtens, Gerhard	Bereicherungsrecht - 20 Klausurprobleme aus dem BGB Frankfurt 1975
Meilicke, Heinz	Das Bezugsrecht des Aktionärs bei Kapitalerhöhungen in: BB 1961, 1281 ff
Mertens, Hans-Joachim	Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach §309 AktG aus schadensersatzrechtlicher Sicht in: AcP Bd.168 (1968) 225 ff
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre Karlsruhe 1958 (zit.: Verwaltung)
-	Anmerkung zu BGH JZ 1957, 179 in: JZ 1957, 180 ff
-	Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen in: BB 1961, 945 ff
Möhring-Schwartz-Rowedder-Haberlandt	Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung 2.Aufl. Berlin und Frankfurt 1966 (zit.: Möhring-Schwartz)
Möhring-Tank-Grass-Reuss	Handbuch der Aktiengesellschaft Bd.1: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Köln 1967 (zit.: Möhring-Tank)
Müller, Hans Peter	Die Zurechnung von Anteilen gemäß §16 IV AktG insbesondere bei der Feststellung der Mehrheitsbeteiligung in: AG 1968, 277 ff
Müller, Rudolf	Die Grenzen des Bankgeheimnisses in: NJW 1963, 833 ff
Müllmann, Rolf	Der Begriff des Unternehmens in §20 AktG Diss. Münster 1970

Mutze, Otto	Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses der Aktiengesellschaft sowie Beschlußfassung über die Gewinnverwendung in: AG 1966, 212 ff
Neuhaus, Jürgen	Der Schadensersatzanspruch des außenstehenden Aktionärs gegenüber dem Vorstand seiner faktisch beherrschten Aktiengesellschaft nach §93 AktG 65 in: DB 1971, 1193 ff
Obermüller-Werner-Winden	Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft 3.Aufl. Düsseldorf 1967 (zit.: HV)
-	Erläuterungen zum Aktiengesetz Stuttgart 1965 (zit.: Erläuterungen)
Ott, Edward Emil	Das Bezugsrecht der Aktionäre Bern 1962
Palandt	Kommentar zum BGB, 35.Aufl. München 1976
Raiser, Ludwig	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht in: Summum jus summa iniuria Tübingen 1963
Rasch, Harold	Deutsches Konzernrecht 4.Aufl.1968, 5.Aufl. 1974 Köln-Berlin-Bonn-München
-	Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform Karlsruhe 1960
Referentenentwurf eines Aktiengesetzes	Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium Köln 1958
Reinhardt, Rudolf	Gesellschaftsrecht Tübingen 1973
RGRK	Kommentar zum BGB, hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs 12.Aufl. Berlin-New York 1974 ff
Rumpff, Klaus	Zur Schutzrichtung aktienrechtlicher Vorschriften und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz von 1965 Diss. Münster 1969

Schäfer, Dietrich	Aktuelle Probleme des neuen Aktienrechts in: BB 1966, 229 ff
-	Die Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilung nach den §§20 und 21 des Aktiengesetzes in: BB 1966, 1004 ff
Scheuerle, Wilhelm A.	Das Wesen des Wesens in: AcP Bd.163 (1964) 429 ff
Schmidt, Dirk	Zur aktienrechtlichen Mitteilungspflicht für Beteiligungen in: ZfgesKW 1966, 1046 ff, 1081 ff
Schmidt, Reiner	Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen privatem und öffentlichem Recht in: WiR 1972, 127 ff
Schönle, Herbert	Bank- und Börsenrecht München 1971
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB 10.Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967 ff
Staudinger	Kommentar zum BGB 10./11.Aufl. Berlin 1954 ff
Steinberg, Wilhelm	Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Gleichstellung verdeckter Gewinnausschüttungen mit nicht ausgeschütteten Gewinnen in: GmbH-Rundschau 1963, 112 ff
Stein-Jonas	Kommentar zur ZPO 19.Aufl. Tübingen 1972 - 1975
Thewalt, C.A.	Spekulationsgewinn bei der Veränderung von Aktien und Bezugsrechten in: AG 1959, 76 ff
Tiling, Johann	Die Anonymität der Aktionäre im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht in: AG 1968, 95 ff
Wälde, Thomas	Die Anwendbarkeit des §31 BGB und der Begriff des "gesetzlichen Vertreters" im Rahmen konzernrechtlicher Haftungstatbestände des faktischen Konzerns in: DB 1972, 2289 ff

Werneburg	Dividendenbezugsrecht und Veräußerung eigener Aktien in: ZHR Bd.90 (1927) 204 ff
Wiedemann, Herbert	Minderheitenschutz und Aktienhandel Stuttgart 1968 (zit.: Minderheitenschutz)
Wiethölter, Rudolf	Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht Karlsruhe 1961 (zit.: Interessen)
Wilhelmi, Hans	Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in: NJW 1960, 169 ff
Würdinger, Hans	Aktien- und Konzernrecht 2.Aufl. Karlsruhe 1966 3.Aufl. Karlsruhe 1973 (zit.: LB)
Zilias, Manfred	Treuhandverhältnisse und Unternehmensverbindungen in: WPg 1967, 465 ff
Zöllner, Wolfgang	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden München und Berlin 1963 (zit.: Schranken)

Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
BB	Betriebsberater
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BuB	Buchführung und Bilanz
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
FinG	Finanzgericht
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HV	Hauptversammlung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KStG	Körperschaftssteuergesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
WiR	Wirtschaftsrecht
WPg	Wirtschaftsprüfung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfgesKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

Einleitung

Das Aktiengesetz von 1965[1] hat in §20 eine Reihe von Mitteilungspflichten begründet, die an eine bestimmte Beteiligungshöhe anknüpfen. §20 VII enthält eine Sanktion für den Fall des Unterlassens der nach §20 I und §20 IV gebotenen Mitteilung.

Bald nach dem Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1965 setzte die Diskussion über Einzelheiten des §20 ein; dabei standen zwei Fragen im Vordergrund: erstens, wann eine Mitteilungspflicht nach §20 anzunehmen ist (insbesondere bei Zurechnungsfragen) und zweitens, welchen Inhalt der Rechtsverlust nach §20 VII hat.

Daß das Gesetz zahlreiche Zweifelsfragen offengelassen hat, erklärt im wesentlichen aus drei Umständen: Einmal war der gesetzlichen Regelung von 1965 zwar eine umfangreiche Diskussion über das Für und Wider der Publizität vorangegangen. Diese Reformdiskussion hatte sich aber entweder nur mit der grundsätzlichen Frage der Publizität befaßt oder - soweit die Beteiligungspublizität speziell angesprochen wurde - auch hier nicht die Einzelheiten untersucht, die aus einer gesetzlichen Einführung der Beteiligungspublizität folgen würden.[2]

---

1) Aktiengesetz vom 6.9.1965 - BGBL I 1089ff; im folgenden sind Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung solche dieses Gesetzes.

2) Vgl. etwa: von Caemmerer: Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht - in: Frankfurter Publizitätsgespräch S. 141ff; ferner: die daran anschließenden Diskussionsbeiträge S. 183-210; weiter: Reinhardt - in: Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform S. 9ff (32ff); Vallenthin - ebd. S. 36ff (49ff); Hartmann - ebd. S. 53ff (60-63); Rautmann - in: Beiträge zur Aktienrechtsreform S. 159ff (163); Rasch: Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform S. 35,36; Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes S. 41-44.

Zweitens konnte der Gesetzgeber nicht auf praktizierte Regelungen dieser Materie in anderen Rechtsgebieten zurückgreifen, so daß er sich auf die Beseitigung von dort aufgetretenen Zweifelsfragen hätte konzentrieren können.[1] Drittens schließlich weist die Entstehungsgeschichte speziell des §20 eine gewisse Hektik auf[2]: Wenn in so grundlegenden Fragen wie etwa der nach der die Mitteilungspflicht auslösenden Beteiligungshöhe oder der, ob und welche Rechte bei unterlassener Mitteilung entzogen werden sollen[3], zwischen dem Referentenentwurf, dem Regierungsentwurf, den Vorstellungen des Wirtschaftsausschusses und denen des Rechtsausschusses keine Übereinstimmung bestand, ist es erklärlich, daß sich das Interesse der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten auf diese Hauptfragen richtete.

Das Interesse der hier vorgelegten Untersuchung gilt dem §20 VII[4]: Daß es sich bei der Sanktion des §20 VII um eine einigermaßen lapidare Anordnung handelt, mag man schon aus der Fülle der unterschiedlichen Ansichten zu einzelnen Fragen des Rechtsentzugs nach §20 VII ersehen.

---

1) Ein pauschaler Rückgriff auf §71 VI bei der Bestimmung des Inhalts des §20 VII scheitert an dem unterschiedlichen Zweck des Rechtsentzugs bei §20 VII und bei §71 VI; so Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Schmidt ZfgesKW 1966, 1081; für eine vorsichtige Analogie zu §71 VI beim Stimmrecht Schäfer BB 1966, 1005; ebenso: Geßler in: Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm. 74.

2) von Falkenhausen BB 1966, 875: "mit der heißen Nadel genäht".

3) Ob hinsichtlich aller Aktien der Rechtsverlust eintreten sollte - so entsprechend dem Vorschlag des Wirtschaftsausschusses das Gesetz - oder nur hinsichtlich der die Mitteilungspflicht auslösenden Anteile - so der RegE - ; ob alle Rechte aus den betreffenden Aktien betroffen sein sollten - so das Gesetz - oder nur das Stimmrecht - so der RegE -; vgl. dazu den Ausschußbericht bei Kropff S. 40ff.

4) Für §21 IV gilt im wesentlichen das gleiche wie für §20 VII; vgl. Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §21 Anm. 1,8; Würdinger in Großkommentar §21 Anm. 7; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §21 Anm. 12; Godin-Wilhelmi §21 Anm. 6; Baumbach-Hueck §21 Anm. 5; Bernhardt BB 1966, 678 ff (683).

Vollends wird dies klar, wenn man nach der Kehrseite des §20 VII fragt: Mit der Anordnung des Rechtsentzugs ist nämlich keineswegs gewährleistet, daß die Rechte auch tatsächlich nicht ausgeübt werden. Die Ausübung der Rechte trotz unterlassener Mitteilung kann auf falschen Vorstellungen der Beteiligten beruhen: auf der mangelnden Kenntnis von der Beteiligungshöhe, insbesondere bei Mitteilungspflichten kraft Zurechnung fremder Aktien; auch auf der Überlegung, daß aus dem Unterlassen der Ausübung der Rechte aus einem großen Aktienkapital der Schluß auf das Bestehen einer (noch) nicht mitgeteilten qualifizierten Beteiligung gezogen werden kann; schließlich auf falschen Vorstellungen über die Folgen des §20 VII oder die Folgen des Verstoßes gegen §20 VII.

Welche Rechtsfolgen ergeben sich also im Detail, wenn ein Unternehmen seiner Mitteilungspflicht nach §20 I oder §20 IV nicht nachkommt und gleichwohl - entgegen §20 VII - die Rechte aus den Aktien ausübt?

Diese Frage soll für die einzelnen sich aus der Aktie ergebenden Rechte untersucht werden. Die Untersuchung beschränkt sich auf die Entgegennahme von Gewinnanteilen, die Ausübung des Bezugsrechts auf junge Aktien, die Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, die Teilnahme am Liquidationserlös und die Ausübung des Stimmrechts. Zwar werden sämtliche Rechte aus den Aktien von §20 VII erfaßt; die Ausübung anderer Rechte (z.B. die Teilnahme an der Hauptversammlung, die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs) entgegen §20 VII bleibt aber ohne rechtliche Folgen.

Dabei gilt das Hauptinteresse der Frage, ob und wie sich der Entzug der Rechte nach §20 VII in das System der einschlägigen aktienrechtlichen Institutionen einfügen läßt.

Es versteht sich, daß die Zweifelsfragen zur Mitteilungspflicht nach §20 I und §20 IV sowie zum Rechtsentzug nach §20 VII für die Fragestellung dieser Unter-

suchung von Bedeutung sind: Nur insoweit, wie man im Einzelfall das Vorliegen des Rechtsentzugs nach §20 VII bejaht, der seinerseits bedingt ist durch das Vorliegen einer Mitteilungspflicht nach §20 I oder §20 IV, gelangt man zu der Prüfung, ob und wie die gleichwohl erfolgte Rechtsausübung rückgängig gemacht werden kann und muß. Die zahlreichen Streitfragen zur Mitteilungspflicht sollen aber hier nicht selbständig behandelt werden. Vielmehr wird das Bestehen einer Mitteilungspflicht im konkreten Fall vorausgesetzt. Ebenfalls vorausgesetzt wird die an das Unterlassen der Mitteilung geknüpfte Rechtsfolge des §20 VII: der Rechtsverlust im Grundsatz. Was dieser Rechtsverlust im einzelnen nach den verschiedenen Ansichten bedeutet, wird an gegebener Stelle darzulegen sein, weil die dazu vertretenen Ansichten über den Inhalt z.B. eines Rückgewähranspruchs entscheiden.
Vielleicht kann die Behandlung dieser Fragen durch die Perspektive dieser Untersuchung neue Akzente erhalten.

Erstes Kapitel

Der Bezug der Dividende entgegen §20 VII

1. Abschnitt: Die Anwendbarkeit von §62

Wenn ein nach §20 I oder §20 IV mitteilungspflichtiges Unternehmen trotz unterlassener Mitteilung unter Verstoß gegen §20 VII Dividende bezieht, bietet sich §62 für die Frage an, ob die entgegen §20 VII bezogene Dividende zurückzuzahlen ist.

Die Bedeutung der Frage nach der Anwendbarkeit des §62 ergibt sich aus folgendem: §62 gibt einen eigenständigen Rückgewähranspruch des Aktienrechts.[1] Das bedeutet u.a., daß auf diesen Anspruch die Regeln des Bereicherungsrechts (z.B. §§814, 818 III BGB) und des Deliktsrechts nicht anwendbar sind.[2] Anders als bei den allgemeinen Vorschriften ist in §62 beim unrechtmäßigen Empfang von Dividende der gute Glaube des Aktionärs von Bedeutung (§62 I Satz 2); Außerdem ist die Verjährung in §62 III selbständig geregelt und insbesondere gibt §62 II den Gläubigern die außergewöhnliche Möglichkeit der Geltendmachung dieses Anspruchs der AG. Eigenständigkeit des aktienrechtlichen Anspruchs aus §62 heißt hier zugleich, daß §62 als lex specialis mit der Maßgabe anzusehen ist, daß ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften (insbesondere die §§ 812 ff BGB) nicht möglich ist, wenn eine Leistung an die Aktionäre im Sinne des §62 I Satz 1 vorliegt.[3] Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn ein Anspruch aus §62 an den Besonderheiten dieser Vorschrift (Gutgläubigkeit, Verjährung)

---

1) Barz in Großkommentar §62 Anm.1; ders. in Großkommentar §57 Anm.11; Lutter in Kölner Kommentar §62 Anm.4; Baumbach-Hueck §62 Anm.3; Jörg Gessler §62 Anm.1.
2) Barz in Großkommentar §62 Anm.1; ders. in Großkommentar §57 Anm.11; Lutter in Kölner Kommentar §62 Anm.4,17; Godin-Wilhelmi §62 Anm.5; Baumbach-Hueck §62 Anm.4; Jörg Gessler §62 Anm.1.
3) Barz in Großkommentar §62 Anm.15; Lutter in Kölner Kommentar §62 Anm.17; Baumbach-Hueck §62 Anm.17.

scheitert. Wollte man keine Verdrängung der allgemeinen Vorschriften durch §62 annehmen, hätte sich das Gesetz darauf beschränken können, den unmittelbaren Zugriff der Gläubiger auf Ansprüche der AG gegen ihre Aktionäre zu ermöglichen.
Das Gesetz hat jedoch den Anspruch der AG selbst modifiziert und der unmittelbare Zugriff der Gläubiger ist nur ein Element dieser Gesamtregelung. Das Aktiengesetz von 1937 hatte allerdings in §56 den Anspruch der Gläubiger in den Vordergrund gestellt; der sich aus dieser Regelung erklärende Streit[1] um die Rechtsnatur dieses Anspruchs und damit um das Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften ist jedoch durch die Fassung des §62 des Aktiengesetzes von 1965 obsolet geworden[2].
Nach dem Wortlaut des §62 bestehen keine Bedenken, diese Vorschrift auf den Empfang der Dividende unter Verstoß gegen §20 VII anzuwenden.[3] Bedenken bestehen aber, wenn man den Zweck von §62 berücksichtigt: §62 ist Teil des Systems der Erhaltung des Vermögens der Aktiengesellschaft.[4] In §57 ist das Verbot der Einlagenrückgewähr ausgesprochen. Verstöße gegen dieses - sehr weitgehende[5] - Verbot stellen den Hauptanwendungsbereich des §62 dar.[6] Da aber §62 nicht lediglich als ein Absatz

---

1) vgl. dazu Fischer in Großkommentar, 2.Aufl., §56 Anm.2; Lutter: Kapital S.378.
2) vgl. Barz in Großkommentar §57 Anm.11.
3) Für eine Anwendbarkeit des §62 hier: Würdinger in Großkommentar §20 Anm.12; ders. in LB, 2.Aufl., S.315; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.85; für die Anwendbarkeit des §62 beim Bezug von Dividende entgegen §328: Godin-Wilhelmi §328 Anm.3, wo mit Recht darauf hingewiesen wird, daß der Anwendbarkeit von §62 nicht schon entgegen steht, daß der Adressat in §328 der Aktionär ist und nicht die AG; gleiches gilt für §20 VII.
4) Barz in Großkommentar §62 Anm.1; Lutter in Kölner Kommentar §62 Anm.3; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.39.
5) In §§30,31 GmbHG wird nur das Vermögen gesichert, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist; dagegen ist für §62 keine Gefährdung des Grundkapitals erforderlich, s.Godin-Wilhelmi §62 Anm.2.
6) Barz in Großkommentar §57 Anm.11; Lutter in Kölner Kommentar §62 Anm.12; Jörg Gessler §62 Anm.1.

des §57 gefaßt ist und nicht einmal Bezug auf §57 nimmt, ist es zutreffend, wenn zwar für die Zweckbestimmung des §62 das Verbot der Einlagenrückgewähr im Vordergrund steht, eine Begrenzung des §62 auf die Fälle des §57 aber nicht erfolgt.[1)]

§62 betrifft demnach nicht nur Leistungen, die entgegen §57 erbracht wurden, aber nur solche Leistungen, die gegen das Aktiengesetz verstoßen und zu einer Verminderung des (den Gläubigern haftenden) Vermögens der Gesellschaft geführt haben.

Biedenkopf/Koppensteiner[2)] meinen, daß schon aus diesem Grund der §62 nicht anwendbar sei, wenn der Aktionär entgegen §20 VII Dividende bezogen hat; denn der Empfang der Dividende unter Verstoß gegen §20 VII führe nicht zu einer Verminderung des Kapitals der AG, sondern schmälere nur den auf die übrigen Aktionäre entfallenden Anteil; die Dividende, die von dem mitteilungssäumigen Aktionär nach §20 VII nicht bezogen werden dürfe, müsse nämlich auf die übrigen Aktionäre im Verhältnis ihrer Anteile verteilt werden.

Derjenige Teil des Bilanzgewinns, den die HV nach §174 für die Gewinnausschüttung bestimmt, ist an die Aktionäre entsprechend ihren Anteilen als Dividende auszuzahlen. Wenn nun das Gesetz in §20 VII den Bezug der Dividende für bestimmte Aktionäre verbietet, gibt es die Alternative, daß entweder der Dividendenbetrag für die übrigen Aktionäre vergrößert wird oder - jedenfalls bis zum nächsten Jahresabschluß - die nach §20 VII entzogene Dividende das Vermögen der AG erhöht. Der Bezug der Dividende entgegen §20 VII führt nun lediglich dann nicht zu einer Verminderung des tatsächlichen Vermögens der AG, wenn beim HV-Beschluß über die Gewinnverteilung

---

1) Barz in Großkommentar §62 Anm.3; Baumbach-Hueck §62 Anm.4.
2) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.39.

das Vorliegen des Tatbestands des §20 VI bekannt ist und man mit Geßler[1] der Ansicht ist, daß in diesem Fall der Gewinnverwendungsbeschluß unter Berücksichtigung des Rechtsverlusts des mitteilungssäumigen Unternehmens erfolgen kann[2].

Abgesehen davon, daß nach Bekanntwerden eines die Mitteilungspflicht auslösenden Beteiligungsverhältnisses das Bestreben des mitteilungspflichtigen Unternehmens nur selten noch auf Anonymität um den Preis des Dividendenverlustes (in beträchtlicher Höhe) gerichtet sein dürfte, müßte für einen Gewinnverwendungsbeschluß, der den Rechtsverlust nach §20 VII schon bei der Festsetzung des auf die übrigen Aktionäre entfallenden Gewinnanteils berücksichtigen wollte, die genaue Höhe der vom Rechtsverlust betroffenen Aktien bekannt sein. Denkbar wäre allerdings eine Regelung in der Weise, daß bei Unklarheit über die genaue Beteiligungshöhe jedenfalls in Höhe der "sicheren" 25% sogleich die Umverteilung auf die übrigen Aktionäre erfolgt, der Rest als Gewinn der AG verbleibt. Zu bedenken ist aber auch, daß es nicht etwa ausreicht, wenn der Verwaltung der AG, an der die Beteiligung besteht, nur in Gestalt von vagen Informationen der Tatbestand der Mitteilungspflicht zu Ohren gekommen ist.[3] Für den wohl regelmäßig vorliegenden Fall, daß zum Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses der HV keine hinreichende Informationen über den Rechtsverlust nach §20 VII vorliegen, führt entgegen der Ansicht von Biedenkopf/ Koppensteiner die Entgegennahme der Dividende unter Verstoß gegen §20 VII jedenfalls vorübergehend durchaus zu einer Verminderung des (den Gläubigern haftenden) Vermögens der AG: Der für die Gewinnausschüttung

---

1) Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.83.
2) Voraussetzung für diese Ansicht ist im übrigen, daß der Dividendenanspruch nach §20 VII unwiederbringlich verloren ist, wenn die Mitteilung zum Zeitpunkt des HV-Beschlusses nicht vorliegt; s.dazu unten S.20 ff.
3) Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.86.

ausgewiesene Betrag verbleibt in dem Umfang bei der AG, wie der mitteilungspflichtige Aktionär in Übereinstimmung mit §20 VII wegen unterlassener Mitteilung seinen Gewinnanspruch nicht geltend macht. Wenn sich nunmehr nach dem HV-Beschluß der Rechtsverlust herausstellt, ist es für die vorliegende Frage ohne Bedeutung,[1] ob man hinsichtlich des wegen §20 VII für das mitteilungssäumige Unternehmen verlorenen Gewinns einen neuen HV-Beschluß für notwendig hält[2] oder diesen Betrag als Gewinnvortrag für den nächsten Jahresabschluß behandelt: Jedenfalls für den Zeitraum bis zur tatsächlichen Auszahlung wäre das Vermögen der AG um den Betrag größer, der sich aus dem Rechtsverlust nach §20 VII ergibt und in diesem Umfang hat - anders gesagt - das mitteilungssäumige Unternehmen das den Gläubigern haftende Kapital der Gesellschaft vermindert, wenn es unter Verstoß gegen §20 VII Dividende bezieht.
Aus dieser Überlegung entgegen der Ansicht von Biedenkopf/Koppensteiner zu folgern, daß beim Dividendenbezug unter Verstoß gegen §20 VII ein Fall des §62 vorliegt, wäre gleichwohl bedenklich: Ob eine Verminderung des den Gläubigern haftenden Vermögens durch den Dividendenempfang entgegen §20 VII eintritt, hängt davon ab, wie zügig andernfalls der nach §20 VII verlorene Gewinn an die übrigen Aktionäre ausgezahlt worden wäre. Wer Dividende entgegen §20 VII bezieht, mindert zwar das Gesellschaftsvermögen; ob aber bei rechtmäßigem Verhalten der AG und den Gläubigern oder den Aktionären ein Vorteil daraus entsteht, ist von Zufällig-

---

1) Bedeutsam kann dies aber dafür sein, wem die umzuverteilende Dividende, die nach §20 VII verloren geht, zugute kommt: nur denjenigen Aktionären, die beim Gewinnverwendungsbeschluß dividendenberechtigt sind oder späteren Erwerbern von Aktien der AG über den durch den Gewinnvortrag erhöhten nächsten Jahresabschluß; vgl. dazu unten S.80 ff.

2) Gegen einen neuen Verteilungsbeschluß: Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.84; zweifelnd: Schäfer BB 1966, 1007; insoweit unklar: Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.39: "Erhöhung im Rahmen des Gewinnverwendungsbeschlusses".

keiten abhängig. Dies führt zu der Erkenntnis, daß die Fragestellung, ob - mehr oder weniger zufällig und vorübergehend - eine Verminderung des dem Zugriff der Gläubiger offenstehenden Vermögens der AG tatsächlich erfolgt ist, nicht ausreichend ist für die Frage nach der Anwendbarkeit des §62. Die Frage muß vielmehr lauten, ob die betreffende Leistung unter Verstoß gegen solche Vorschriften erfolgt ist, die - jedenfalls auch - den Schutz der Gesellschaft und/oder der Gläubiger bezwecken oder im öffentlichen Interesse erlassen sind.[1] Daß die Schutzrichtung der verletzten Norm das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit des §62 sein muß, ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

§62 will verbotswidrige Beeinträchtigungen des Vermögens der AG rückgängig machen und berücksichtigt den Umstand, daß eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens zugleich eine Verminderung des den Gläubigern haftenden Kapitals darstellt, durch den unmittelbaren Zugriff der Gläubiger nach §62 II. Zwischen einer tatsächlichen Vermögensminderung und dem durch die Leistung verletzten Verbot muß aber ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Dies ist ohne weiteres zu erkennen, wenn man mit einer zum §56 des Aktiengesetzes von 1937 vertretenen Ansicht den Anspruch aus §62 als einen Fall der Gefährdungshaftung ansehen wollte[2]: Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang[3] besagt, daß nur solche Nachteile auszugleichen sind, vor denen die verletzte Norm schützen will. Aber auch, wenn man

---

1) vgl. Barz in Großkommentar §62 Anm.3.
2) Gadow in Großkommentar §56 Anm.2; Baumbach-Hueck, 12.Aufl., §56 Anm.2.
3) Zur Terminologie und zu den unterschiedlichen Fallgruppen, die von diesem Begriff erfaßt werden: vgl. etwa Esser: Schuldrecht, 4.Aufl., Bd.I, §45 II; Fikentscher: Schuldrecht, 4.Aufl., §49 III4; besonders ausführlich Larenz: Schuldrecht, 1.Bd AT, 11.Aufl., §27 III2; BGHZ 27,139; 57,137.

heute auf eine dogmatische Einordnung des §62 verzichtet[1], ergibt sich nichts anderes: Was bei Delikts- und Gefährdungshaftungstatbeständen die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang leistet, ist nichts als ein Sonderfall des allgemeinen Auslegungsgrundsatzes, daß sich der Anwendungsbereich einer Norm nach ihrem Zweck bestimmt.[2] Bei Schadensersatz- oder Rückgewähransprüchen besteht nur die Besonderheit, daß für die Ermittlung eben dieses Zwecks der Vorschrift nicht lediglich auf die Norm (hier §62) selbst abgestellt werden kann, sondern auch auf die Verbotsvorschriften, deren Verletzung rückgängig gemacht werden soll.

Für die Frage der Anwendbarkeit des §62 bedeutet dies zweierlei: In sachlicher Hinsicht ist zunächst nicht ausreichend, wenn eine Minderung des Vermögens der AG und damit des den Gläubigern haftenden Kapitals tatsächlich eingetreten ist; entscheidend ist, ob die durch die Leistung verletzte Rechtsnorm den Zweck hat, diese Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens zu verhindern. Hinsichtlich der subjektiven Schutzrichtung der in Frage stehenden verletzten Rechtsnorm ist aus §62 zu entnehmen, daß die verletzte Norm den Schutz der nach §62 Berechtigten - jedenfalls auch - bezwecken muß: das sind die Gesellschaft und die Gläubiger. Beim Dividendenbezug entgegen §2o VII muß die für die Anwendbarkeit von §62 entscheidende Frage daher lauten: Bezweckt der Rechtsentzug nach §20 VII - jedenfalls auch - den Schutz der AG, an der die die Mitteilungspflicht auslösende Beteiligung besteht und bzw. oder den Schutz der Gläubiger dieser AG vor einer unzulässigen Verminderung des Vermögens der AG?

---

1) Kritisch zum Wert derartiger Einordnungen für die Entscheidung von Zweifelsfragen schon: Fischer in Großkommentar, 2.Aufl., §56 Anm.2.
2) So ausdrücklich Palandt/Heinrichs, 35.Aufl., Anm. 5c) vor §249; Larenz: Schuldrecht, 1.Bd., 9.Aufl., S.161.

§20 VII enthält eine Sanktion der Mitteilungspflicht nach §20 I und §20 IV. Der primäre Zweck des Rechtsentzugs nach §20 VII ist es, die in §§20 I und 20 IV statuierten Mitteilungspflichten durchzusetzen.
Die Zweckrichtung bei Sanktionsnormen kann man freilich nicht aus diesen Normen allein ermitteln: Eine Spezifizierung der Zweckbestimmung über den instrumentellen Charakter als Sanktionsnorm hinaus muß man möglicherweise in der Weise herstellen, daß man den Zweck der Sanktion in Beziehung setzt zu dem Zweck der Hauptnorm, d.h. hier zu dem Zweck der Mitteilungspflichten nach den §§20 I und 20 IV.[1)]
Nach der Begründung zum RegE[2)] ist es der Zweck der Mitteilungspflicht, "die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit über geplante und bestehende Konzernverbindungen besser zu unterrichten und die vielfach auch für die Unternehmensleitung selbst nicht erkennbaren wahren Machtverhältnisse in der Gesellschaft deutlicher hervortreten zu lassen". Gläubiger und Unternehmensleitung sind danach ausdrücklich als Gruppen genannt, denen die Beteiligungspublizität zugute kommen soll. Allerdings ist nicht die Rede davon, daß sie vor einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens mit der Einführung der Mitteilungspflicht geschützt werden sollen. Dieser sachliche Zweck der Publizität könnte aber in die Zweckbestimmung aufgenommen sein durch die weitere Erläuterung in der Begründung zum RegE[3)]: "Ferner soll durch diese Mitteilungspflicht die Rechtssicherheit bei der Anwendung derjenigen Vorschriften, die an die Höhe einer Betei-

---

1) Eine ähnliche Ableitung (nämlich bei der Frage der Qualifizierung des §20 VII als Schutzgesetz) nimmt Schmidt vor: Schmidt ZfgesKW 1966, 1047.
2) Bei Kropff S.38.
3) Bei Kropff S.38.

ligung anknüpfen, erhöht werden."[1]

Wenn nämlich die hier angesprochenen Vorschriften wenigstens teilweise den Schutz der AG oder der Gläubiger vor einer Verminderung des haftenden Kapitals bezwecken, könnte man daraus für die Zweckbestimmung der Sanktion des §20 VII über die Zweckrichtung der Mitteilungspflicht die Frage der Anwendbarkeit des §62 positiv beantworten. Hinsichtlich der mehr als 25%igen Beteiligung sind hier die Regeln über die wechselseitige Beteiligung von Interesse: Wenn auch das andere Unternehmen mehr als 25% der Anteile an dem beteiligten Unternehmen hat, liegt nach §19 eine wechselseitige Beteiligung vor. Die an die wechselseitige Beteiligung anknüpfenden Vorschriften wollen insbesondere der Gefährdung des Kapitals bei wechselseitigen Beteiligungen begegnen.[2]

Bei einer mehr als 50%igen Beteiligung besteht nach §56 II ein Verbot der Aktienübernahme durch das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen; ebenso darf nach §71 IV das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen keine Aktien an dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen erwerben. Auch diese beiden Vorschriften sollen die Gefährdung der Kapitalgrundlage durch die Kapitalverflechtung verhindern.[3]

Ein wichtiger Regelungskomplex für die Mehrheitsbeteiligung besteht über die Abhängigkeitsvermutung des

---

1) Flume sieht darin ein Mißtrauen gegenüber der Wirksamkeit der Vorschriften über verbundene Unternehmen: Flume in Frankfurter Publizitätsgespräch S.186; gegen diese Betrachtungsweise: Müllmann: Der Begriff des Unternehmens in §20 AktG, S.68, Fußn.1: Beteiligungspublizität als Ergänzung des Rechts der verbundenen Unternehmen; kritisch gegenüber der Möglichkeit, den Gefahren aus der Beteiligung mit der Mitteilungspflicht zu begegnen: Jahr in Frankfurter Publizitätsgespräch S.208 ff.

2) Vgl. Begründung zum RegE - Allgemeines - bei Kropff S.17; ferner Begründung zu §300 des RegE bei Kropff S.34; Würdinger LB S.263; ders. in Großkommentar Einleitung zu §19; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar § 19 Anm.3; Godin-Wilhelmi §19 Anm.2; Baumbach-Hueck §19 Anm.1; Emmerich-Sonnenschein S.40.

3) Barz in Großkommentar §71 Anm.1; Lutter in Kölner Kommentar §56 Anm.28; Godin-Wilhelmi §56 Anm.8; Rasch: Konzernrecht S.199, 201.

§17 II in den §§311 ff: Beim Fehlen eines Beherrschungsvertrages wird der Schutz der abhängigen Gesellschaft (und damit ua. der Gläubiger) durch die §§311 ff erreicht. Die Gefahr, vor der diese Regelung schützen will, ist, daß die herrschende Gesellschaft durch die Wahrnehmung des eigenen unternehmerischen Interesses der abhängigen Gesellschaft Nachteile zufügt.[1)]

Diese drei Beispiele zeigen, daß durch die Vorschriften, deren Beachtung durch die Mitteilungspflicht auch sicher gestellt werden soll, in der Tat Rechtsnormen in Bezug genommen sind, die zum Schutz der AG und der Gläubiger bestehen und - in sachlicher Hinsicht - auch gerade der Gefährdung der Kapitalgrundlage der AG begegnen wollen. Gleichwohl bestehen Bedenken, aus diesem Zusammenhang die Anwendbarkeit des §62 auf den Bezug der Dividende entgegen §20 VII zu folgern:

Zunächst muß beachtet werden, daß allein die mehr als 25%ige Beteiligung noch nicht die Kapitalgrundlage der AG berührt, an der die Beteiligung besteht; dafür muß noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzukommen: die mehr als 25%ige Beteiligung auch der anderen Gesellschaft an der beteiligten Gesellschaft.

Auch bei der Regelung der §§311 ff wird durch die Mehrheitsbeteiligung allein noch keine Vermögensbeeinträchtigung der in Beteiligung stehenden Gesellschaft bewirkt: Abgesehen davon, daß das Gesetz[2)] nicht an die Mehrheitsbeteiligung, sondern an die Abhängigkeit anknüpft[3)], ist auch hier zu beachten, daß für eine tatsächliche Verminderung des Gesellschaftsvermögens noch

---

1) Begründung zum RegE bei Kropff S.407; Würdinger in Großkommentar §311 Anm.2; Baumbach-Hueck §311 Anm.1; Emmerich-Sonnenschein S.143.

2) Entgegen einem im Verlauf der Beratungen gestellten Antrag, die Mehrheitsbeteiligung genügen zu lassen: vgl. den Ausschußbericht bei Kropff S.408.

3) Die Abhängigkeit kann freilich auch bei weniger als 50%iger Beteiligung gegeben sein: vgl. Müllmann S.52 mwN in Fußn.1; die Aufgabe der Mitteilungspflicht bei mehr als 25%iger Beteiligung, die Aufmerksamkeit auf diese Möglichkeit zu richten, betont Kropff in BB 1965, 1285.

die Nachteilzufügung tatsächlich erfolgen muß.
Schon aus diesen Feststellungen ergeben sich Bedenken gegen die Anwendbarkeit des §62 auf den Dividendenbezug entgegen §20 VII: Durch das Unterlassen der nach §20 I und §20 IV gebotenen Mitteilung erfolgt noch keine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens, dies ist erst bei Hinzutreten weiterer entscheidender Umstände der Fall.
Man könnte nun meinen, daß die dem Unterlassen der Mitteilung liegende Gefährdung des Gesellschaftsvermögens eine für die Anwendbarkeit des §62 ausreichende Beziehung der §§20 VII, 20 I und 20 IV zu den angeführten Schutzvorschriften für das Gesellschaftsvermögen schafft.
Dagegen spricht jedoch, daß auf diese Weise die Gläubiger nach §62 II einen Anspruch geltend machen könnten (beim Dividendenbezug trotz unterlassener Mitteilung), ohne daß die weiteren Umstände vorliegen müßten, die tatsächlich zu einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens führen (wechselseitige Beteiligung und Nachteilszufügung); eine tatsächliche Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens ist aber der Grund für die besondere Regelung des §62 II und daher auch Voraussetzung für die Anwendbarkeit des §62. Zwischen der tatsächlichen Zahlung der Dividende entgegen §20 VII und der Verletzung der den Gläubiger schützenden Vorschriften besteht aber kein Zusammenhang, der es rechtfertigen könnte, die Dividendenzahlung entgegen §20 VII als eine Leistung unter Verstoß gegen Gläubiger schützende Normen anzusehen.
Daß die nur abstrakte Gefährdung des Gesellschaftsvermögens durch das Unterlassen der Mitteilung nicht für die Vermittlung des für die Anwendbarkeit von §62 notwendigen Zusammenhangs zwischen dem Verstoß gegen §20 VII und der Verletzung von Gläubiger schützenden Vorschriften genügt, kann man auch daraus entnehmen,

daß die hier untersuchten Beispiele eine eigene Rechtsfolgenregelung enthalten: §328 beschränkt die Rechtsausübung aus wechselseitigen Beteiligungen - §20 VII droht den Rechtentzug nur für unterlassene Mitteilungen in den Fällen der §§20 I und 20 IV an, die nach §20 III gebotene Mitteilung, die der Aufdeckung wechselseitiger Beteiligungen dient,[1] ist von der Sanktion des §20 VII nicht erfaßt; auch die §§56 II und 71 IV bestimmen selber die Folgen der Übernahme bzw. des Erwerbs von Aktien an der mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft; ebenso enthalten die §§311 ff ins einzelne gehende Vorschriften, daß und wie die Nachteilszufügung auszugleichen ist.

Daraus, daß das Unterlassen der Mitteilung (und die nach §20 VII verbotene Rechtsausübung) für sich allein das Kapital der AG noch nicht tangiert und daß das Gesetz an das Vorliegen weiterer Tatbestandsmerkmale eigene Rechtsfolgen knüpft, muß die Folgerung gezogen werden, daß zwar ein Zusammenhang zwischen den Vorschriften der §§ 20 VII, 20 I und 20 IV einerseits und solchen Institutionen besteht, die die Sicherung des Vermögens der AG und damit auch den Schutz der Gläubiger bezwecken; daß dieser Zusammenhang aber nicht ausreicht, um die Anwendbarkeit des §62 auf den Dividendenbezug entgegen §20 VII zu rechtfertigen.

Allerdings könnte man einwenden, daß z.B. die materiellen Ausgleichsnormen der §§ 311 ff ohne Wert sind, wenn die Gesellschaft oder die Gläubiger keine Kenntnis von den Umständen haben, die die Ansprüche begründen. Aber, obgleich nicht verkannt wird, daß die Kenntnis der die Ausgleichungsansprüche begründenden Umstände einen großen Unsicherheitsfaktor darstellt[2], vermag auch dieser Gesichtspunkt nicht die Anwendbarkeit von §62

---

1) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.14; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.4; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.24; Möhring-Tank Rz 722.

2) Daher auch der Abhängigkeitsbericht nach §312; vgl. dazu Begründung zum RegE bei Kropff S.410, 411; ferner Rasch: Konzernrecht S.158.

zu rechtfertigen: Allerdings kann man dem Rechtsentzug nach §20 VII eine doppelte Funktion zuschreiben: Nicht nur, daß §20 VII als Sanktion etwa wie eine Geldstrafe auf das Verhalten des mitteilungspflichtigen Unternehmens Einfluß nehmen will; daß an Stelle eines beliebigen Übels der Rechtsverlust aus den Aktien gewählt wurde, ist damit zu erklären, daß entsprechend der zweiten Zweckrichtung der Mitteilungspflicht - Rechtssicherheit bei der Anwendung der an die Höhe einer Beteiligung anknüpfenden Vorschriften - die Ausübung des Einflusses auf die AG verhindert werden soll, solange nicht die Anwendung der zum Schutz der Gesellschaft bestehenden Vorschriften (z.B. §§311 ff) durch die erfolgte Mitteilung sicher gestellt ist. Von diesen Vorstellungen ging ersichtlich der RegE aus: Nach §19 III des RegE sollte der Rechtsverlust bei unterlassener Mitteilung nur das Stimmrecht und nur die Aktien betreffen, die die mitteilungspflichtige Höhe übersteigen. Diese Zweckrichtung (Verhütung heimlicher Einflußnahme) ist nicht dadurch hinfällig geworden, daß der Gesetzgeber die Sanktionen erheblich verschärft hat, indem alle Rechte aus allen Aktien des mitteilungssäumigen Unternehmens betroffen sind: Dies bedeutet nur eine Verschärfung der Sanktion, nicht eine Ablehnung des eben beschriebenen zweiten Zwecks des Rechtsentzugs.

Dieser Zusammenhang zwischen dem Rechtsverlust nach §20 VII und den Schutzvorschriften zur Sicherung des Gesellschaftsvermögens betrifft aber nicht den Bezug der Dividende: Wenn man auch in dem Unterlassen der Mitteilung eine Gefährdung in der oben beschriebenen Weise sehen kann, daß die Vorkehrungen des Gesetzes zum Schutz der Gesellschaft und der Gläubiger in Folge Unkenntnis nicht greifen - in dem Bezug der Dividende trotz unterlassener Mitteilung wird diese Gefahr nicht verwirklicht oder auch nur vergrößert; denn das Stimmrecht wäre das Mittel zur Ausübung von Einfluß zum

Nachteil der AG, nicht aber der Bezug der Dividende, bei der es für das Gesellschaftsvermögen gleichgültig ist, wer sie erthält, falls sie ordnungsgemäß beschlossen wurde. Deshalb war es auch kein Zufall, daß der RegE den - auf die die mitteilungspflichtige Höhe übersteigenden Anteile begrenzten - Rechtsverlust nur bzgl. des Stimmrechts vorsah: die präventive Funktion des Rechtsverlustes kann sich nicht auf die Dividende beziehen; insoweit kommt nur die Funktion des Rechtsverlustes als Sanktion in Frage.
Bei der Bestimmung des Zwecks des §20 VII muß man also zwar den Zweck der Mitteilungspflicht berücksichtigen. Die in der Verletzung der Mitteilungspflicht liegende Gefährdung des Gesellschaftsvermögens reicht jedoch nicht für einen Anspruch aus §62, da §62 eine tatsächliche Verminderung des Vermögens verlangt und die Verwirklichung der Gefahren mit eigenen Sanktionen bewehrt ist. Die Gefährdung der AG und der Gläubiger durch das Unterlassen der Mitteilung wird durch den Dividendenbezug entgegen §20 VII nicht vergrößert. Durch die Zahlung von Dividende wird das Gesellschaftsvermögen zwar geringer; dies zu verhindern, ist aber nicht der Zweck des §20 VII, der vielmehr hinsichtlich der Dividende nur eine Sanktion darstellt: ein etwa mit einer Geldstrafe vergleichbares Übel, durch das die Erfüllung der Mitteilungspflicht gewährleistet werden soll.
In diesem Sinne wird auch im folgenden für das Verständnis des §20 VII der Aspekt der Sanktion von dem der Prävention unterschieden. Mit Sanktion ist danach die Androhung oder Zufügung eines Nachteils zum Zwecke der Einwirkung auf die Willensbildung gemeint. Mit Prävention ist diejenige Funktion des §20 VII gemeint, die als direkte Kehrseite des zweiten Zwecks der Mitteilungspflicht - Sicherstellung der Anwendung von Schutzvorschriften - von der Vorstellung getragen wird, daß den Gefahren aus der qualifizierten Beteiligung entweder durch die Mitteilung und die dadurch gewähr-

leisteten Schutzvorkehrungen begegnet wird, oder durch den Rechtsentzug, der dem Unternehmen die Möglichkeit der heimlichen Einflußnahme nimmt; anders gebrauchen Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.35 den Begriff der Prävention in der Weise, daß die Androhung des Rechtsverlusts nach §20 VII durch den Einfluß auf die Willensbildung des Unternehmens vorbeugende Wirkung hat - präventive Funktion der Sanktion. Der Rechtsentzug nach §20 VII ist schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines pauschalen Ausgleichs für die Gefährdung des Gesellschaftsvermögens durch das Unterlassen der Mitteilung in genügend enge Beziehung zu den das Vermögen der Gesellschaft schützenden Vorschriften zu bringen: In den Materialien findet sich kein Hinweis in dieser Richtung, und eine solche Überlegung ist auch durch das Gesetz nicht nahegelegt. Denn wenn diese Verbesserung der Vermögenslage der Gesellschaft als Ausgleich für den Umstand beabsichtigt gewesen wäre, daß in Folge der Unkenntnis der Herrschaftsverhältnisse die Sicherungsvorkehrungen für das Gesellschaftsvermögen nur beschränkt greifen, hätte es nahe gelegen, eine Regelung darüber zu treffen, daß der so erlangte Vorteil einen etwaigen späteren Vermögensverlust ausgleichen kann, daß also die nach §20 VII nicht ausgezahlte oder vom Aktionär zurückgeforderte Dividende in die gesetzliche Rücklage zu stellen wäre. Das Gesetz interessiert sich jedoch nicht für den Vorteil, der sich aus §20 VII für die AG ergibt, sondern nur für den Nachteil, den das mitteilungssäumige Unternehmen haben soll, damit es die Mitteilungspflicht erfüllt.

Auf den Bezug von Dividende unter Verstoß gegen §20 VII ist danach nicht §62, sondern §812 BGB anwendbar[1].

---

1) So: Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.39; Lutter in Kölner Kommentar §62 Anm.14; Schmidt Zfges.KW 1966, 1o81,1o82; Emmerich-Sonnenschein S.47; Lehmann-Dietz S.492, 493; Reinhardt Rz 758; ohne Angabe einer Anspruchsgrundlage bejahen einen Rückzahlungsanspruch: Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Möhring-Tank Rz 731.

2. Abschnitt: Einzelheiten des Anspruchs aus §812 BGB

a) Die Bedeutung der Nachholung der Mitteilung

Der Bereicherungsanspruch gegen das Unternehmen steht auf unsicherem Boden, wenn das mitteilungspflichtige Unternehmen bis zum Zeitpunkt der Verjährung des Dividendenanspruchs bzw. des Ablaufs der Vorlegungsfrist nach §801 II BGB[1] die nach §20 I oder §20 IV gebotene Mitteilung mit der Wirkung nachholen kann, daß die Sanktion des §20 VII nicht eingreift. Wenn dieser Ansicht zu folgen ist, wird sich in dem Zeitraum, der für die Verjährung bzw. für die Vorlegung gilt, ein Anspruch aus §812 auf Rückzahlung der Dividende nicht realisieren lassen; denn wenn die den Anspruch begründenden Tatsachen bekannt sind, wird es dem mitteilungssäumigen Unternehmen nicht schwer fallen, die Mitteilung nachzuholen und so die aus §20 VII folgende Rechtsgrundlosigkeit des Dividendenempfangs zu beseitigen.
Für die Ansicht[2], daß die Mitteilung bis zur Verjährung des Dividendenanspruchs ausreicht, um den somit nach §20 VII nur "ruhenden" Dividendenanspruch zu erhalten, kann angeführt werden, daß die Mitteilung zwar unverzüglich zu erstatten ist, das Gesetz aber keine Frist bestimmt, nach deren Ablauf das mitteilungspflichtige Unternehmen die Dividende verliert. Daraus könnte man folgern, daß §20 VII nur die Ausübungshandlung für den Zeitraum der unterlassenen Mitteilung verhindern will und daß mit der Nachholung der Mit-

---

1) Mit der Versäumung der Vorlegungsfrist geht der Dividendenanspruch unter; die Verjährungsfrage stellt sich dann nicht mehr; vgl. dazu Barz in Großkommentar §58 Anm.34; Erman-Hense §801 Anm.3.
2) Schäfer BB 1966, 1004 ff (1007); Schmidt Zfges KW 1966, 1081,1082; Tiling AG 1968, 95 ff (96); Möhring-Tank Rz 731; Möhring-Schwartz S.290; Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Baumbach-Hueck §20 Anm.17; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.11,12; ders. LB S.251, 252; Rasch: Konzernrecht, 4.Aufl., S.81,82; zweifelnd ders.: Konzernrecht, 5.Aufl., S.70; Obermüller, Werner, Winden: HV S.32, 125; Jörg Gessler zu §§20-22 Anm.6.

teilung derjenige Zweck des §20 VII entfällt, den man als präventive Funktion des Rechtsentzugs beschreiben kann: zu gewährleisten, daß die Rechtsausübung nicht ohne die Schutzvorkehrungen stattfindet, die durch die Mitteilungspflicht gesichert werden sollen. Damit ist jedoch nur derjenige Aspekt berücksichtigt, der nach den Vorstellungen des RegE im Vordergrund der Regelung stand: Gesetz geworden ist aber mit §20 VII der gegenüber dem RegE viel weitergehende Rechtsverlust. Der Rechtsverlust ist in der Hinsicht weitergehend, daß er nicht nur das Stimmrecht, sondern alle Rechte aus den Aktien betreffen soll und weitergehend insofern, als alle Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens vom Rechtsverlust betroffen sein sollen, nicht nur die die Mitteilungspflicht übersteigenden Anteile. Wenn man dies bedenkt, muß man dem Rechtsentzug außer der präventiven Funktion auch den Charakter der Sanktion als selbständigen Zweck entnehmen: Wenn man auch in der Erweiterung des Rechtsverlusts auf alle Aktien des Unternehmens noch die Verstärkung des präventiven Rechtsverlusts sehen könnte - mit der Überlegung, daß unter bestimmten Konstellationen bei einer Beteiligung von z.B. 48% beim Ruhen des Stimmrechts nur aus 23% gleichwohl noch ein für gefährlich erachteter Einfluß ausgeübt werden kann - so kann dies nicht mehr gelten, wenn auch das Recht auf Dividende entzogen wird: Hierbei handelt es sich ausschließlich um ein Druckmittel gegenüber dem mitteilungspflichtigen Unternehmen; denn Gefahren drohen der AG aus dem Dividendenbezug eines Großaktionärs so wenig wie bei anderen Aktionären. Wenn Geßler[1)] aus den Umständen der Entstehungsgeschichte die Bedeutung des §20 VII als Sanktion betont, ist ihm also zu folgen. Aber auch bei Anerkennung des §20 VII auch als

---

1) Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.84.

Sanktion könnte man sich die Wirkung des §20 VII in der Weise vorstellen, daß der Nachteil, mit dem das mitteilungspflichtige Unternehmen zur Mitteilung veranlaßt werden soll, nur darin bestehen soll, daß einstweilen - bis zur Mitteilung - keine Dividende bezogen werden kann. Dieser Nachteil des zeitweiligen Ausschlusses vom Dividendenbezug mag bei einer über 25%igen und erst recht bei einer über 50%igen Beteiligung schon ins Gewicht fallen.[1] Er dürfte jedoch kaum die Vorteile überwiegen, die sich der Großaktionär aus dem Unterlassen der Mitteilung versprechen kann: Die Möglichkeit, die Beteiligung ohne Kursanstieg zu vergrößern und die Möglichkeit unkontrollierter Herrschaft über die AG.

Man kann gegen die notwendige Betonung des doppelten Zwecks des §20 VII (Sanktion und Prävention) nicht einwenden, daß §20 VII auf diese Weise einen unzulässigen pönalen Charakter erhalte: Das Gesetz hätte Prävention und Sanktion zwar getrennt anordnen können, indem es etwa in §20 VII entsprechend dem RegE den Verlust des Stimmrechts aus den Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens angeordnet und in den §§399 ff das Unterlassen der Mitteilung als Ordnungswidrigkeit geahndet hätte. Wenn es nun statt dessen Prävention und Sanktion zusammen regelt, darf dies nicht zu dem Schluß verleiten, beide in Frage kommenden Zwecksetzungen seien insofern kongruent, als bei Erledigung des präventiven Zwecks des Rechtsentzugs auch der Sanktionszweck seine Aufgabe erfüllt habe.

Zu der Annahme einer derartigen Kongruenz könnte freilich die Charakterisierung der Mitteilungspflicht als Obliegenheit[2] im Unterschied zu einer vollen Rechtspflicht Anlaß geben. Auch wenn man die Charakterisierung der Mitteilungspflicht als Obliegenheit für zutreffend hält, kann dies aber nur bedeuten, daß einer-

---

1) Schäfer BB 1966, 1004 ff (1007) hält diesen Nachteil des Zinsverlustes als Sanktion für ausreichend.
2) Würdinger in Großkommentar §20 Anm.1; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.46.

seits die Einklagbarkeit der Mitteilungspflicht (wohl schon aus praktischen Gründen) entfällt und daß andererseits über die in §20 VII angeordneten Rechtsnachteile hinaus keine Rechtsfolgen aus der Verletzung der Mitteilungspflicht erwachsen, insbesondere keine Schadensersatzansprüche wegen unterlassener Mitteilung bestehen.[1] Aus der Beschränkung der Rechtsfolgen bei Verletzung der Mitteilungspflicht auf den Rechtsentzug kann man jedoch allenfalls folgern, daß die Erfüllung der Mitteilungspflicht und die Nichtausübung der Rechte dem mitteilungspflichtigen Unternehmen als gleichwertige Alternativen angeboten werden und das Unternehmen von der Nichtausübung der Rechte zu dem für es günstigsten Zeitpunkt zur Erfüllung der Mitteilungspflicht übergehen kann.[2] Aus einem solchen Zusammenhang zwischen der Erfüllung der Mitteilungspflicht und dem Ende der Rechtsnachteile aus unterlassener Mitteilung kann man jedoch nichts ableiten für die Ansicht, daß mit dem Wegfall des Sinns der Prävention, die bei dem Stimmrechtsverbot des §20 VII im Vordergrund steht, auch der Sinn der Sanktion entfällt, die den Zweck des Dividendenverlusts ausmacht. Den Inhalt und Umfang der Rechtsnachteile gilt es nämlich nach der unterschiedlichen Funktion der einzelnen Rechtsnachteile zu bestimmen.
Wollte man an die Nachholung der Mitteilung das Entfallen des Dividendenverlusts anknüpfen, würde nicht nur die Selbständigkeit des Sanktionszwecks von §20 VII mißachtet, sondern noch weitergehend die Sanktion in Hinblick auf den Dividendenanspruch wertlos: Wenn üblicherweise die Frage der Nachholung der Mitteilung in den Grenzen der Verjährung des Dividendenanspruchs geprüft wird, so wird noch nicht bedacht, daß beim Bezug der Dividende entgegen §20 VII das Limit der Verjährungsfrist entfällt; denn wenn das mitteilungspflichtige Unternehmen entgegen §20 VII

---

1) Vgl. aber Würdinger in Großkommentar §20 Anm.11.
2) Vgl. den Rat bei Tiling AG 1968, 95 ff (96); ebenso Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.26.

die Dividende bezogen hat, könnte es, wann immer es nach §812 BGB auf Rückzahlung in Anspruch genommen wird, die Mitteilung nachholen und so den Anspruch aus §812 BGB vernichten oder zumindest auf einen Anspruch auf Verzinsung der Dividende vom Zeitpunkt des Empfangs bis zur Mitteilung verkürzen. Die Grenze der Verjährung ist hier durchaus ohne Bedeutung: Der Dividendenanspruch ist geltend gemacht worden; daß er aus einem anderen Grund - §20 VII - nicht hätte geltend gemacht werden dürfen, kann nichts daran ändern, daß die Verjährung jedenfalls nicht mehr eingreifen kann. Dieses Ergebnis könnte man auch nicht mit der Überlegung vermeiden, daß das mitteilungspflichtige Unternehmen beim rechtswidrigen Dividendenbezug aus §242 BGB gehindert wäre, sich auf das Nichteingreifen der Verjährung zu berufen. Zwar stünde das Unternehmen durch den gegen §20 VII verstoßenden Bezug der Dividende besser, als wenn es sich gesetzeskonform verhalten hätte. Aber selbst bei nachweisbarer Kenntnis vom Verstoß gegen §20 VII kann man m.E. nichts Arglistiges darin sehen, daß das Eingreifen der Verjährung verhindert wird mit Mitteln, die jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der Verjährungsfrage rechtswidrig sind; m.a.W. der das Institut der Verjährung tragende Grund der Nichtausübung eines Rechtes ist unabhängig davon beseitigt, daß gegen eine andere Norm bei der Geltendmachung des Anspruchs verstoßen wird.
Diese zeitlich unbegrenzte Möglichkeit der Nachholung der Mitteilung zeigt aber deutlich, daß die wesentliche zivilrechtliche Sanktion der Mitteilungspflicht durch Mißachtung beseitigt werden könnte. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzgebers bei der Erstreckung der Sanktion vom Stimmrecht auf alle Rechte aus den Aktien gewesen sein: Der RegE, der lediglich das Stimmrecht ruhen ließ, konnte die Formulierung wählen: "... bis er die Mitteilung nach Absatz 1 gemacht hat". Wenn das Gesetz dagegen "für die Zeit" die Ausübung

versagt, kann man dieser Formulierung für die Endgültigkeit des Dividendenverlustes reklamieren, ohne daß die Formulierung "können nicht ausgeübt werden" entscheidend dagegen spräche.[1)]
Bei der Lösung des RegE war das Verbot der Stimmrechtsausübung ein Handlungsverbot, das durch reinen Zeitablauf zum endgültigen Verlust des Stimmrechts führte. Bei der Dividende kann es nicht um das Verbot der Handlung des Dividendenbezugs gehen, denn die Handlung ist - anders als die Ausübung des Stimmrechts - ohne Interesse; von Interesse ist der Erfolg: der Vorteil, den der Dividendenanspruch darstellt, soll nach §20 VII entzogen werden.
Die Bedenken Schäfers[2)] gegen die Endgültigkeit des Dividendenverlustes nach §20 VII aus steuerrechtlicher Sicht können demgegenüber nicht überzeugen: Die Annahme, die AG müsse für den Gewinn, der entgegen §20 VII ausgeschüttet wird, den vollen Körperschaftssteuersatz entrichten, ist schon zweifelhaft.[3)] Selbst wenn dies so wäre, könnte daraus nichts gegen die Endgültigkeit des Rechtsverlusts abgeleitet werden. Die danach fällige Steuernachzahlung würde nur eine Minderung des Vorteils für die AG sein, der in dem Rechtsverlust des mitteilungssäumigen Unternehmens besteht. Die AG vor einer solchen höheren Besteuerung schützen, hieße sie also zugleich vor dem Freiwerden von der Dividendenverpflichtung gegenüber dem mitteilungssäumigen Unternehmen bewahren.

b) Der Umfang des Bereicherungsanspruchs: entsprechend der Dauer des Unterlassens der Mitteilung?

Wenn danach die Ansicht abzulehnen ist[4)], daß der Dividendenanspruch nach §20 VII nur ruht und mit der Mit-

---

1) Vgl. zum Wortlaut: Schäfer BB 1966, 1004 ff (1006); Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.74,84; Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Schmidt ZfgesKW 1966, 1081.
2) Schäfer BB 1966, 1004 ff (1007).
3) s. dazu unten S.93 ff.
4) Wie hier für die Endgültigkeit des Dividendenverlustes nach §20 VII: Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.34; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.84; Emmerich-Sonnenschein S.47.

teilung jederzeit wieder auflebt, so sind noch nicht die weiteren Einzelheiten des Dividendenverlusts nach §20 VII entschieden: Der Endgültigkeit des Dividendenverlusts kann man dadurch Rechnung tragen, daß das mitteilungspflichtige Unternehmen den Anspruch auf Dividende in jedem Fall entsprechend dem Zeitraum verliert, währenddessen die Mitteilung nicht erfolgt ist: Wenn die mitteilungspflichtige Beteiligung z.B. fünf Monate während des Geschäftsjahres bestand, für das die Dividende in Frage steht, würde das Unterlassen der Mitteilung einen Dividendenverlust von 5/12 zur Folge haben, und zwar auch dann, wenn die Mitteilung schließlich noch kurz vor Ende des Geschäftsjahres erfolgt. Gegenüber diesem Rechtsentzug pro rata temporis ist die Alternative denkbar, daß das Vorliegen der Mitteilung zu einem bestimmten Zeitpunkt darüber entscheidet, ob die Dividende in voller Höhe erhalten bleibt oder ganz oder zum Teil verloren geht.

Dafür kommt einmal der Zeitpunkt des Ablaufs des Geschäftsjahres in Betracht, für das die Dividende bezogen werden soll, zum anderen der Zeitpunkt der HV, die über die Verwendung des Bilanzgewinnes beschließt und drittens der Zeitpunkt der Entgegennahme der Dividende. Auch wenn man auf einen bestimmten Zeitpunkt abstellt, kann der Gedanke des Rechtsentzugs pro rata temporis von Bedeutung sein; er kann nämlich die Bedeutung haben, daß ein Dividendenverlust nach §20 VII höchstens pro rata temporis eintritt, wenn bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Mitteilung nicht erfolgt. Dies wäre der Gegensatz zum Verlust der gesamten Dividende, wenn die Mitteilung nicht bis zu einem Stichtag erfolgt ist.

Kommt es also für die Frage, ob überhaupt und in welchem Umfang ein Dividendenverlust nach §20 VII eintritt, auf die Dauer des Unterlassens der gebotenen Mitteilung oder auf das Unterlassen der Mitteilung bis

zu einem bestimmten Zeitpunkt an oder sind beide Gesichtspunkte von Bedeutung?
Nach Biedenkopf/Koppensteiner[1] soll der Zeitpunkt der HV, die über die Verwendung des Bilanzgewinns beschließt, für die Frage des Dividendenverlusts nach §20 VII maßgebend sein: Auch wenn das Unternehmen die mitteilungspflichtige Beteiligung im abgelaufenen Geschäftsjahr erworben hat, soll es keine Einbuße an Dividende haben, wenn die Mitteilung bis zum Zeitpunkt der HV erfolgt, die über die Gewinnverwendung für das vergangene Geschäftsjahr beschließt; andererseits soll der Dividendenanspruch in voller Höhe entfallen, wenn bis zu dem Zeitpunkt der HV die Mitteilung nicht erfolgt ist.
Daß für die Frage des Dividendenverlusts ein Zeitpunkt statt der Dauer des Unterlassens der Mitteilung maßgeblich ist, wird mit zwei praktischen Schwierigkeiten begründet: Einmal sei es nicht möglich, ohne Zwischenbilanz den Gewinnanteil zu bestimmen, der für die Zeit der unterlassenen Mitteilung verloren gehe und zum anderen könne dem Unternehmen nur schwer nachgewiesen werden, wann es die mitteilungspflichtige Beteiligung erworben habe.
Ob aber die Notwendigkeit einer Zwischenbilanz besteht, wenn man sich für einen Dividendenverlust pro rata temporis entscheidet, ist zweifelhaft. Der mit dem Gewinnverwendungsbeschluß entstehende Anspruch betrifft die Gewinnverteilung für das gesamte vergangene Geschäftsjahr. Aus der Rechtsnatur des Gewinnanspruchs ergibt sich nicht die Notwendigkeit einer Zwischenbilanz bei einem teilweisen Dividendenverlust nach §20 VII. Wenn Biedenkopf/Koppensteiner[2] die Maßgeblichkeit des Aktienbesitzes zum Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses für die Dividendenberechtigung betonen, um daraus zu folgern, diese ungeteilte An-

---

1) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.34; ebenso: Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.82; Emmerich-Sonnenschein S.47.
2) Biedenkopf/Koppensteiner a.a.O.

spruchsberechtigung müsse auch zum ungeteilten Anspruchsverlust führen, so kann andererseits aus der Maßgeblichkeit des Aktienbesitzes im Zeitpunkt der ordentlichen HV der Schluß gezogen werden, daß es für den Gewinnanspruch auf das Ergebnis des Jahresabschlusses ankommt und der insoweit einheitliche Anspruch nicht nachträglich durch Zwischenbilanzen für einzelne Zeiträume aufzuteilen ist.
Wenn man einen Dividendenverlust nach §20 VII entsprechend der Dauer des Unterlassens der Mitteilung anerkennt, verlangt auch der Zweck des §20 VII keineswegs eine Differenzierung nach größerem oder geringerem Erfolg während einzelner Abschnitte des Geschäftsjahres: Der Dividendenverlust soll als Nachteil das Unternehmen zur Mitteilung motivieren; deshalb ist es gerechtfertigt, insoweit schematisch nach dem Verhältnis des Zeitablaufs den Nachteil zu bemessen; denn die Publizität der Beteiligungsverhältnisse wird in Phasen erfolgreichen Geschäftsverlaufs nicht wichtiger oder weniger wichtig als in schlechten Abschnitten des Geschäftsjahres, und die Höhe der Sanktion darf deshalb nicht davon abhängen, ob das Unterlassen der Mitteilung mehr oder weniger in eine Zeit positiven Geschäftsverlaufs fällt.
Daß auch sonst eine Aufteilung des Dividendenanspruchs nicht stattfindet, wenn etwa der Aktienerwerb in der Mitte des Geschäftsjahres liegt, dürfte ebenfalls nicht entscheidend gegen einen Rechtsverlust pro rata temporis sprechen; denn der Grund, der bei einem Wechsel in der Person des Aktieninhabers während des Geschäftsjahres einer Spaltung des Dividendenanspruchs entgegensteht, ist beim Dividendenverlust nach §20 VII nicht gegeben:
Wenn nach der Börsenpraxis beim Verkauf von Aktien der Dividendenanspruch für das laufende Geschäftsjahr entweder ganz mitübertragen wird oder ganz beim Veräußerer der Aktien bleibt, so daß sich das Problem der Zwischenbilanz gar nicht stellt, wird dadurch vermieden,

daß sich die Zahl der Gläubiger vervielfältigt. Den Interessen der Beteiligten wird durch Zuschläge bzw. Abschläge vom Preis für die Aktien entsprechend der erwarteten Dividende Rechnung getragen. Anders beim teilweisen Dividendenverlust nach §20 VII: Wenn das Unternehmen z.B. wegen 5monatigen Unterlassens der gebotenen Mitteilung einen Dividendenverlust von 5/12 erleidet, führt das nicht zu einer Aufteilung des Dividendenanspruchs auf mehrere Gläubiger; der AG steht nur das mitteilungspflichtige Unternehmen als Aktionär und Gläubiger des freilich gekürzten Dividendenanspruchs gegenüber.

Die Schwierigkeit, dem mitteilungspflichtigen Unternehmen den Zeitpunkt des Erwerbs der mitteilungspflichtigen Beteiligung nachzuweisen, besteht in der Tat.[1] Aber es fragt sich, ob sie bei dem Vorschlag von Biedenkopf/Koppensteiner[2] geringer oder weniger bedeutsam wird:

Bei einem Dividendenentzug pro rata temporis würde der Umfang des Rechtsverlusts vom Nachweis der Dauer des Unterlassens der Mitteilung abhängen; wenn man der Ansicht von Biedenkopf/Koppensteiner folgt, hängt die Frage des gesamten Dividendenverlusts davon ab, ob dem Unternehmen nachgewiesen werden kann, daß es zu einem bestimmten Zeitpunkt die mitteilungspflichtige Beteiligung hatte. Nun ist die Chance, daß das Bestehen einer mitteilungspflichtigen Beteiligung irgendwann nach dem Erwerb derselben bekannt wird, größer, als daß dies schon im Zeitpunkt des Erwerbs selber bekannt wird.

Zu bedenken ist aber, daß nicht das Bekanntwerden allein das Entscheidende ist, sondern die Schwierigkeit des Nachweises, den die AG zu erbringen hat. Das Risiko der Beweislast ist bei dem Lösungsvorschlag von Biedenkopf/Koppensteiner eher größer: Hier hängt der Verlust der gesamten Dividende davon ab, ob dem Unter-

---

1) Die Beweisschwierigkeiten betont auch Bernhardt BB 1966, 678 ff (682).
2) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.34.

nehmen die Beteiligung vor Ende des abgelaufenen Geschäftsjahres gehört hat. Wenn aber (nach Bekanntwerden der Beteiligung) die AG diesen Nachweis führen kann, wird sie auch den Nachweis erbringen können, daß die Beteiligung bereits zu einem früheren Zeitpunkt bestand. Dabei kann eine Einschränkung des Bankgeheimnisses helfen:
§20 will die Anonymität des Großaktionärs beseitigen.[1] Wenn aber der Großaktionär gegenüber der AG und der Öffentlichkeit keinen Anspruch auf Anonymität hat, rechtfertigt sich in diesem Umfang auch eine Einschränkung des Bankgeheimnisses.[2] Für die Stimmrechtsausübung in der HV wird daher zurecht von Schmidt[3] trotz der nach §135 IV S.2 gegebenen Möglichkeit der anonymen Stimmrechtsausübung bei entsprechender Frage des Leiters der HV eine Pflicht zur Auskunft darüber angenommen, ob Aktienrechte aus einer mitteilungspflichtigen Beteiligung ausgeübt werden. Auf diese Weise kann das Bekanntwerden der mitteilungspflichtigen Beteiligung erleichtert und ein Verstoß gegen §405 III Nr.5 verhindert werden. Für den Fall eines Anfechtungsprozesses in Folge unzulässiger Stimmrechtsausübung nach §20 VII bejaht Tiling[4] eine Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts der Bank aus §383 I Zi.5 ZPO. Auch diese Einschränkung des Bankgeheimnisses ist nur konsequent, wenn man sich die Absicht des §20 vergegenwärtigt: die Publizität von qualifizierten Beteiligungen. Dann darf aber die Pflicht der Bank zur Erteilung des Zeugnisses nicht auf die Fälle beschränkt werden, in denen die verbotswidrige Ausübung des Stimmrechts verhindert bzw. beseitigt werden soll. Die Sanktion des Dividendenverlusts ist von ebenso großer

---

1) Vgl. die Begründung zum RegE bei Kropff S.38,39; Würdinger LB S.47; Möhring-Tank Rz.720.
2) Zu anderen Fällen der Einschränkung des Bankgeheimnisses vgl. Reiner Schmidt WiR 1972, 127-146; Schönle S.37 ff.
3) Dirk Schmidt ZfgesKW 1966, 1081; zum Umfang der Nachforschungspflicht vgl. Obermüller, Werner, Winden: HV S.125 Fußn.79.
4) AG 1968, 95 ff.

Bedeutung für die Herstellung der Beteiligungspublizität wie der Stimmrechtsverlust.
Wenn nur die Umgehung des Stimmrechtsverbots als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet ist, §405 III Zi.5, nicht aber die Ausübung des Dividendenrechts durch Dritte, so ist dies möglicherweise durch die Entstehungsgeschichte der Regelung der Mitteilungspflichten zu erklären: Der Dividendenverlust wurde erst vom Gesetz eingeführt, während der RegE nur den Stimmrechtsausschluß vorsah und dementsprechend nur in Bezug auf das Stimmrecht eine Regelung der Umgehung traf. Zwar muß man auch bei der Vermutung eines Versehens des Gesetzgebers[1] wegen des strafrechtlichen Analogieverbots hinnehmen, daß die Einschaltung Dritter zur Ausübung des Dividendenanspruchs entgegen §20 VII nicht als Ordnungswidrigkeit strafbar ist.[2] Nicht richtig wäre es aber, eine Einschränkung des Bankgeheimnisses in der Frage der Publizität nur bei der Verhütung oder Ahndung eines Verstoßes gegen das Stimmrechtsverbot zu bejahen, etwa mit der Begründung, beim Bezug der Dividende entgegen §20 VII stehe nur das vermögensrechtliche Interesse der AG gegen das private Interesse der AG gegen das private Interesse des Bankkunden an der Wahrung des Bankgeheimnisses, und das größere öffentliche Interesse bei einem Verstoß gegen das Stimmrechtsverbot sei durch die Existenz des §405 III Zi.5 dargetan.[3] Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß es bei der Frage des Zeugnisverweigerungsrechts um die Entscheidung über den Vorrang des öffentlichen Interesses an der Wahrheitsfindung im Prozeß geht, dem das Interesse des Zeugen, nicht seine Verschwiegenheitspflicht gegenüber Dritten verletzen zu müssen, gegenübersteht. Außerdem würde diese Sicht nicht der Funktion des Dividendenverlusts als Sanktion gerecht: eine Sanktion, die ihre Qualität auch aus der im

---

1) So Bernhardt BB 1966, 678 ff (683).
2) Bernhardt a.a.O.; Biedenkopf/Koppensteiner §20 Anm.41; der Bezug der Dividende entgegen §20 VII kann aber als Betrug strafbar sein.
3) Dies klingt bei Schmidt ZfgesKW 1966, 1081 an.

öffentlichen Interesse geschaffenen Publizität der Beteiligungen erhält. Aus dieser Zweckrichtung der Mitteilungspflicht nach §20 rechtfertigt sich eine Zeugnispflicht der Bank auch beim Bezug von Dividende entgegen §20 VII.

§20 beeinflußt die "Natur" der Tatsache des Aktienerwerbs im Sinne von §383 I Nr.5 ZBO. Die Befugnis der Bank zur Aussageverweigerung ist nur die gesetzliche Anerkennung ihrer zivilrechtlichen Pflicht gegenüber dem Bankkunden zur Geheimniswahrung.[1] Eine solche Pflicht kann aber nicht bestehen, soweit eine Gesetzesnorm, §20, dem Bankkunden ausnahmsweise ausdrücklich die Pflicht zur Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse auferlegt. Auch bei Anerkennung des Unterschieds zwischen der materiellen Schweigepflicht und der prozessualen Befugnis zur Zeugnisverweigerung[2] ist das Zeugnisverweigerungsrecht der Bank im Zivilprozeß für die Tatsachen zu verneinen, für die nicht nur keine Verpflichtung gegenüber dem Kunden zur Geheimhaltung besteht, sondern sogar eine Pflicht des Kunden zur Offenlegung: Mit der Verpflichtung zur Geheimhaltung entfällt der Interessenkonflikt, dem das Gesetz mit dem Recht zur Zeugnisverweigerung Rechnung trägt.[3] Demgegenüber kann man nicht darauf abstellen, daß mit dem Zeugnisverweigerungsrecht über das konkrete Geheimhaltungsinteresse an bestimmten Tatsachen hinaus der allgemeinere Schutz des Vertrauensverhältnisses bezweckt sei.[4] In §383 I Nr.5 ZPO ist nämlich die Geheimhaltungsbedürftigkeit der in Frage stehenden Tatsachen das entscheidende Kriterium für die Bestimmung des Umfangs des Zeugnisverweigerungsrechts.[5]

---

1) BGH BB 1953, 993; Müller NJW 1963, 833 ff (835); zur dogmatischen Einordnung dieser zivilrechtlichen Pflicht vgl. Canaris in Großkommentar zum HGB Anhang nach §357 Anm.28 mwN.
2) S. Stein-Jonas §383 Anm.I 4.
3) Stein-Jonas §383 Anm.I 1.
4) Vgl. dazu besonders Lenckner NJW 1965, 321 ff (322, 327).
5) Dem entspricht der Geheimnisbegriff in §384 Nr.3 ZBO: Stein-Jonas §384 Anm.I 3 mwN in Fußn.28.

Den Wortlaut des §20 VII kann man eher als Argument für den Dividendenentzug pro rata temporis in Anspruch nehmen: "für die Zeit...". Allerdings legt die Entstehungsgeschichte des §20 einige Zurückhaltung hinsichtlich der Gewichtigkeit einzelner Formulierungen nahe.[1)]

Aber auch den Zweck des §20 könnte man für einen Dividendenverlust pro rata temporis anführen: §20 I und §20 IV betonen, daß die Mitteilung unverzüglich zu erstatten ist, nach §20 VI hat die Bekanntmachung der mitgeteilten Beteiligung ebenfalls unverzüglich zu erfolgen. Diesem Gebot zu unverzüglicher Mitteilung dürfte der Dividendenverlust pro rata temporis eher gerecht werden. Bei der Maßgeblichkeit eines späteren Zeitpunkts (dem Ende des Geschäftsjahrs oder der ordentlichen HV) bleibt das Unterlassen der Mitteilung u.U. lange Zeit ohne die Sanktion des Dividendenverlusts; denn wenn die mitteilungspflichtige Beteiligung bereits zu Beginn des Geschäftsjahres besteht, kann das Unternehmen die Mitteilung bis zu dem für maßgeblich erachteten Zeitpunkt hinausschieben, ohne einen Verlust an Dividende zu erleiden.

Diesen Mangel kann man aber dadurch als ausgeglichen ansehen, daß die Effektivität der Sanktion bei dieser Lösung im Vergleich zum Dividendenentzug pro rata temporis um so größer ist, je näher der Erwerb der Beteiligung an den maßgeblichen Zeitpunkt heranreicht: Wenn die Beteiligung nur einen Monat vor dem maßgeblichen Zeitpunkt erworben wird, ist der Druck auf das Unternehmen erheblich größer, wenn es bei Unterlassen der Mitteilung innerhalb eines Monats die gesamte Dividende verliert, als wenn es nur 1/12 der Dividende verlieren würde.

Bei einem Dividendenverlust pro rata temporis wird sich das Unternehmen eher den für die Mitteilung günstigsten Zeitpunkt aussuchen, während es bei der

---

1) So mit Recht: von Falkenhausen BB 1966, 875.

Maßgeblichkeit eines Zeitpunktes nur den Spielraum hat, der sich aus dem Zufall des Zeitpunktes des Erwerbs ergibt.
Die größere Effektivität der Sanktion bei Maßgeblichkeit eines Zeitpunkts hängt aber davon ab, daß die gesamte Dividende für das in Frage stehende Geschäftsjahr auf dem Spiel steht; eine Verbindung des Dividendenverlusts pro rata temporis mit dem Gedanken der Maßgeblichkeit eines Zeitpunkts für den Dividendenverlust kommt daher nicht in Betracht. Dagegen kann nicht geltend gemacht werden, die Dividende dürfe nicht für das ganze Geschäftsjahr entzogen werden, wenn die mitteilungspflichtige Beteiligung nur während eines Teils des Geschäftsjahres bestanden hat. Zwar kann noch keine Mitteilungspflicht bestehen, solange keine mitteilungspflichtige Beteiligung vorhanden ist; das hindert aber nicht den Dividendenverlust für das ganze Geschäftsjahr. Denn wegen des Charakters des Dividendenverlustes als Sanktion besteht keine Notwendigkeit, den Dividendenverlust mit zeitlicher Kongruenz zum Unterlassen der Mitteilung auszugestalten. Insoweit unterscheidet sich der Dividendenverlust vom Verlust des Stimmrechts: Der Stimmrechtsverlust läuft zeitlich parallel zum Unterlassen der Mitteilungspflicht. Da die Nichtausübung des Dividendenrechts - anders als beim Stimmrecht - nicht durch Zeitablauf zu der gebotenen Endgültigkeit des Rechtsverlustes führt, muß die Endgültigkeit durch Bestimmung eines für die Mitteilung letzten Zeitpunktes herbeigeführt werden. Wenn aber nach Wortlaut und Zweck des §20 VII kein Zwang besteht, den Dividendenverlust in jedem Fall pro rata temporis zu bestimmen, besteht auch keine Notwendigkeit, den Dividendenverlust nach Maßgabe des pro rata temporis - Grundsatzes zu begrenzen.

c) Der maßgebliche Zeitpunkt

Wenn man aus Gründen der Effektivität der Sanktion[1] sich gegen einen Dividendenverlust pro rata temporis entscheidet, dann ist die weitere Frage, ob der Zeitpunkt der ordentlichen HV, die über die Verwendung des Bilanzgewinns beschließt, der richtige ist. Aus der Tatsache, daß der Dividendenanspruch als Gläubigerrecht erst im Zeitpunkt des HV-Beschlusses über die Gewinnverwendung entsteht, muß man nicht unbedingt folgern, daß das Unterlassen der Mitteilung bis zu diesem Zeitpunkt für den Verlust der Dividende nach §20 VII entscheidend ist. Genauso naheliegend ist es, an den Wortlaut des §20 VII ("für die Zeit") anzuknüpfen und den Akzent darauf zu legen, daß die Dividende für das abgelaufene Geschäftsjahr gezahlt wird und, da der Zeitpunkt der ordentlichen HV ohnehin nur aus praktischen Gründen, u.U. aber sehr spät, im neuen Geschäftsjahr liegt, s. §175, den Ablauf des Geschäftsjahres für maßgebend zu halten, für das Dividende bezogen werden soll. Dies gilt auch gerade mit Blick auf die Möglichkeit von Abschlagszahlungen nach §59: Wenn Abschlagszahlungen auf die Dividende kurz nach Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen, fragt es sich, ob das mitteilungspflichtige Unternehmen die Abschlagszahlung entgegennehmen darf und nur dann zurückzahlen muß, wenn es bis zum Zeitpunkt der ordentlichen HV die Mitteilung nicht erstattet hat; oder soll bei Abschlagszahlungen der für die Mitteilung maßgebliche Zeitpunkt vorverlegt werden, etwa mit der Begründung, daß der Anspruch des Aktionärs im Falle des §59 bereits mit dem entsprechenden Beschluß des Vorstandes entsteht[2]?

---

1) Schäfer BB 1966, 1004 ff empfiehlt im Gegensatz hierzu wegen der Schwierigkeit, der Mitteilungspflicht nachzukommen, Zurückhaltung bei der Ausgestaltung der Sanktion.
2) Baumbach-Hueck §59 Anm.6.

Wenn weiter geltend gemacht wird, daß der Zeitpunkt der ordentlichen HV entscheidend sein müsse, weil sich hier die Gefahren aktualisierten, denen mit der Publizität der Beteiligungen gerade begegnet werden soll, so scheint der erste Zweck der Mitteilungspflicht, "die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit über geplante und bestehende Konzernverbindungen besser zu unterrichten"[1], vernachlässigt zu werden. Dieser Zweck würde es nämlich gebieten, nicht erst in der HV über die Beteiligungsverhältnisse Klarheit zu erhalten. Die Maßgeblichkeit der HV ist vielleicht noch von der Vorstellung des RegE beeinflußt, nach dem der auf das Stimmrecht beschränkte Rechtsverlust im wesentlichen Präventionsmaßnahme in der Weise sein sollte, daß wenigstens keine heimliche Ausübung von Herrschaft stattfinden sollte, wenn schon keine Publizität und mit ihr die Sicherungen des Gesetzes erreicht werden konnte. Dieser Gesichtspunkt ist zwar nicht hinfällig geworden, aber hierfür sorgt der Verlust des Stimmrechts. Weil der Dividendenverlust nach §20 VII ausschließlich Sanktionscharakter hat, kann auch nicht der Zeitpunkt der Entgegennahme der Dividende von ausschlaggebender Bedeutung sein: Der Dividendenverlust soll nicht die heimliche Entgegennahme von Dividende verhüten. Weiterhin spricht gegen diesen Zeitpunkt, daß das Unternehmen die Entgegennahme der Dividende in den Grenzen der Vorlegungs- und Verjährungsfrist nach Belieben hinausschieben und so der Sanktion entgehen könnte. Andererseits spricht gegen den Zeitpunkt der ordentlichen HV, daß auf diese Weise eine unnötige Verbesserung der Stellung des mitteilungspflichtigen Unternehmens eintritt: Warum soll das Unternehmen die Mitteilung bis zur ordentlichen HV nachholen können, wenn es zur unverzüglichen Mitteilung verpflichtet ist und sich der Ablauf des Zeitraums, für den Dividende bezogen

---

1) Begründung zum RegE bei Kropff S.38.

wird, als maßgeblicher Zeitpunkt anbietet? Auch Biedenkopf/Koppensteiner[1] behandeln den Zeitpunkt der ordentlichen HV nicht konsequent als maßgeblichen Zeitpunkt: Wenn die mit der HV gegebenen Gefahren auch für den Bezug der Dividende ausschlaggebende Bedeutung hätten, wäre nicht erklärlich, warum nur der Erwerb bis zum Ablauf des vergangenen Geschäftsjahres auf den Zeitpunkt der nachfolgenden ordentlichen HV bezogen wird; näher läge es, die Sanktion auch dann eingreifen zu lassen, wenn die mitteilungspflichtige Beteiligung zwar nach Ablauf des vergangenen Geschäftsjahrs, aber vor der HV stattgefunden hat, die über die Gewinnverwendung für das vergangene Geschäftsjahr beschließt. Denn in der HV wird ja nicht nur über die Gewinnverteilung entschieden, und die heimliche Ausübung des Einflusses in der HV ist nicht deshalb von Interesse, weil der Großaktionär auch über die eigene Dividende mitbeschließt: Die Gefahr der Einflußnahme zugunsten des eigenen unternehmerischen Interesses besteht auch, wenn die Beteiligung kurz vor der ordentlichen HV ohne Dividendenberechtigung für das abgelaufene Geschäftsjahr erworben wurde. Konsequent müßte dann der Dividendenverlust auch für das laufende Geschäftsjahr bejaht werden, wenn die Mitteilung nicht bis zur ordentlichen HV erstattet ist. Auch würde eine andere HV als die, die über die Verwendung des Bilanzgewinns beschließt, nicht durch die Sanktionswirkung des Dividendenverlusts geschützt; daß aber die Gefahren aus unkontrollierter Herrschaft bei einer außerordentlichen HV geringer wären als bei der ordentlichen HV, kann man nicht annehmen.

Wenn man die ordentliche HV für den maßgeblichen Zeitpunkt hält, wird man der Selbständigkeit des Verlustes

---

1) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.34.

der einzelnen Rechte nicht gerecht: Der Dividendenverlust hat nicht die Aufgabe, die Wirkung des Stimmrechtsverlustes mit einem weiteren Mittel zu verstärken. Wenn das Stimmrecht entgegen §20 VII ausgeübt wird, kann man nicht den Dividendenverlust als "Ersatzsanktion" ansehen, etwa mit der Begründung, der Verstoß gegen das Stimmrechtsverbot aus §20 VII sei weitgehend ungefährlich und deshalb müsse das wirksamere Mittel des Dividendenverlustes die Effektivität des Stimmrechtsverlustes erhöhen. Bei einer solchen Unterordnung des Dividendenverlustes unter den Zweck des Stimmrechtsverlustes dürfte der Dividendenverlust gar nicht eintreten, wenn das Stimmrecht entsprechend §20 VII nicht ausgeübt wird. Das Gesetz ordnet aber den Dividendenverlust gerade nicht nur für den Fall an, daß das Stimmrecht entgegen §20 VII ausgeübt wird.

Dies zeigt m.E., daß nicht die HV, sondern der Ablauf des Geschäftsjahres als entscheidender Zeitpunkt angesehen werden muß.[1] Dafür spricht auch eine Verstärkung der Effektivität der Sanktion, also des Gesichtspunktes, der den Ausschlag für die Maßgeblichkeit eines Zeitpunkts überhaupt gegeben hat: Wollte man dem mitteilungspflichtigen Unternehmen die Möglichkeit geben, die Mitteilung einer Beteiligung, die schon im abgelaufenen Geschäftsjahr bestand, bis zur ordentlichen HV nachzuholen, würde man den Vorteil der Effektivität der Sanktion (Verlust der vollen Dividende) vermindern, indem für eine längere Dauer das Unterlassen der Mitteilung ohne Sanktion bleibt, ohne daß dies vom Zweck der Sanktion nahegelegt würde. Dies wird vermieden, wenn das Unternehmen die Mitteilung bis zum Ende des Geschäftsjahres erstatten muß, wenn es nicht die Dividenden für dieses Geschäftsjahr verlieren will.

Auf diese Weise gibt es mehrere Zeitpunkte, auf die hin die Mitteilungspflicht zu erstatten das Unternehmen

---

1) Dies wird von Obermüller-Werner-Winden: Erläuterungen S.234 als Möglichkeit in Erwägung gezogen.

durch die Sanktion hinsichtlich einzelner Rechte Veranlassung erhält: Beim Erwerb vor Ende des Geschäftsjahres droht der Verlust der gesamten Dividende, wenn nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres die Mitteilung erfolgt; beim Erwerb im neuen Geschäftsjahr greift zunächst der Stimmrechtsverlust für die HV ein; wenn man beim Bezugsrecht einen anderen Zeitpunkt für maßgeblich hält,[1)] besteht ein weiterer Zeitpunkt mit einer ins Gewicht fallenden Sanktion. Dieses System der Staffelung von Zeitpunkten und darauf bezogenen Rechtsnachteilen kann m.E. dem Gebot zur unverzüglichen Mitteilung am besten gerecht werden.
Ergebnis: Das Unternehmen verliert den gesamten Dividendenanspruch für das Geschäftsjahr, in dem die Mitteilungspflicht entstanden ist, wenn die Mitteilung nicht bis zum Ablauf desselben Geschäftsjahres erfolgt. Wenn die Dividende gleichwohl entgegengenommen wird, ist eine Mitteilung nach Ende des Geschäftsjahres auf den Anspruch aus §812 BGB ohne Einfluß.

---

1) Vgl. dazu unten S.100 ff.

d) Die Höhe des Anspruchs bei teilweiser Mitteilung

Für den Umfang des Bereicherungsanspruchs ist die Frage von Bedeutung, ob der Rechtsverlust nach §20 VII auch dann alle Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens erfaßt, wenn das Unternehmen die nach §20 I erforderliche Mitteilung erstattet, diejenige nach §20 IV aber unterlassen hat.
Würdinger und Jörg Gessler[1] vertreten die Ansicht, daß in diesem Fall der Rechtsentzug nur diejenigen Aktien erfaßt, die die Beteiligungshöhe von 50% übersteigen. Für diese Ansicht läßt sich anführen, daß nach erfolgter Mitteilung gemäß §20 I die Sanktionswürdigkeit des Unterlassens der weiteren Mitteilung gemäß §20 IV nicht so groß ist, wie wenn überhaupt keine Mitteilung erfolgt ist. Die Aufmerksamkeit der AG, der Aktionäre, der Gläubiger und der Öffentlichkeit ist nach einer Mitteilung gemäß §20 I geweckt. Die Möglichkeit zur Ausübung von beherrschendem Einfluß besteht auch bei einer Beteiligung von weniger als 50%[2], und man könnte erwägen, daß mit der Mitteilung nach §20 I die Gefahren aus der von §20 zu verhindernden heimlichen Machtausübung im wesentlichen gebannt sind. Ein Rechtsverlust hinsichtlich aller Aktien könnte deshalb als unangemessen erscheinen.

Von der Gegenansicht[3] wird geltend gemacht, daß diese Staffelung der Sanktion der Systematik des RegE entspreche, nicht aber der Gesetz gewordenen Regelung des Rechtsverlustes hinsichtlich aller Aktien.
Dieser Einwand erscheint zutreffend: Nach §19 III des RegE sollte der Rechtsverlust nur die Aktien betreffen,

---

1) Würdinger LB S. 252; Jörg Gessler Anm.III 6 zu §§20-22.
2) S.o. S.14 Fußn.3; ferner: Rasch S.46,53; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §17 Anm.15; Baumbach-Hueck §17 Anm.2; Jörg Gessler §17 Anm.1.
3) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.27; Schäfer BB 1966, 1004 ff (1005); Baumbach-Hueck §20 Anm.17.

die die mitteilungspflichtige Beteiligungshöhe übersteigen. Nach der Ansicht von Würdinger und Jörg Gessler würde diese vom Gesetz bewußt aufgegebene Systematik für einen der in Frage kommenden Fälle wieder eingeführt: Zwar nicht für die unterlassene Mitteilung gemäß §20 I; auch nicht für die unterlassene Mitteilung gemäß §20 IV, wenn überhaupt keine Mitteilung erfolgt ist, insoweit soll auch nach Würdinger und Jörg Gessler der Rechtsverlust alle Aktien erfassen; wohl aber bei der teilweisen Erfüllung der Mitteilungspflicht: Hier soll die Sanktion nur insoweit eingreifen, wie die Mitteilungspflicht nicht erfüllt ist. Die Beschränkung des Rechtsverlusts auf denjenigen Teil der Aktien, der nicht mitgeteilt worden ist, hat aber nicht nur äußerliche Ähnlichkeit zum RegE, sie wird auch nicht dem Zweck des §20 VII gerecht:

Wenn §20 VII nur die Funktion hätte, die Gefahren aus der heimlichen Rechtsausübung zu verhindern, könnte man sagen, daß der Rechtsverlust nur die nicht mitgeteilte Beteiligung betreffen darf. Diese Funktion greift aber nur beim Stimmrechtsverlust nach §20 VII ein. Die Erweiterung des Rechtsverlustes auf die mit der Aktie verbundenen Vermögensrechte macht den Rechtsverlust aber auch zu einer Sanktion i.S. eines Druckmittels. Das Druckmittel des Rechtsverlustes wird nun zwar bei einem Rechtsverlust hinsichtlich aller Aktien bei einer mehr als 50%igen Beteiligung größer, während die Höhe der nicht mitgeteilten Beteiligung u.U. sehr gering ist; denn bei einer 51%igen Beteiligung kann nach Erfüllung der Mitteilungspflicht nach §20 I für die die 50%-Grenze überschreitender Beteiligung von 1% der Rechtsverlust die gesamten 51% betreffen. Dies widerspricht aber nicht der Absicht des Gesetzgebers: Mit der Entscheidung, daß der Rechtsverlust alle Aktien des mitteilungssäumigen Unternehmens betreffen soll,[1] war sicher die Folge bewußt, daß

---

1) Vgl. den Ausschußbericht bei Kropff S.42.

etwa bei einer 26%igen Beteiligung wegen einer Beteiligung von 1% der Rechtsverlust für 26% des Grundkapitals bei unterlassener Mitteilung auf dem Spiel steht. Daher spricht nichts dafür, daß bei einer mehr als 50%igen Beteiligung eine Beschränkung des Rechtsverlustes auf die die 50% übersteigenden Anteile geboten sei, weil der Rechtsverlust als nicht proportional zum Verstoß gegen die Mitteilungspflicht angesehen werden könnte. Das Gesetz macht die Höhe des Rechtsverlustes nicht von der Größe der Sanktionswürdigkeit abhängig. Deshalb erfaßt der Rechtsverlust nach §20 VII alle Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens, auch wenn es nur die Mitteilung nach §20 IV unterlassen hat.

e) Die Bedeutung der Abtretung des Dividendenanspruchs für §20 VII

Zweifelhaft ist, ob das Unternehmen auch dann wegen zu Unrecht bezogener Dividende in Anspruch genommen werden kann, wenn es zwar die Mitteilung bis zum Ende des Geschäftsjahres nicht erstattet hat, aber die Dividende nicht selber bezogen, sondern den Dividendenanspruch abgetreten hat und der Zessionar die Dividende erhält. Dabei kann man zwei Fälle unterscheiden: die Übertragung des Dividendenanspruchs vor Ende des Geschäftsjahres und nach Ablauf des Geschäftsjahres.
Wenn die Übertragung, die auch schon vor dem Zeitpunkt der Beschlußfassung über die Gewinnverwendung als Übertragung zukünftiger Ansprüche möglich ist[1)], nach Ablauf des Geschäftsjahres erfolgt, ohne daß bis zum Ende des Geschäftsjahres die Mitteilung erfolgt war, hatte das mitteilungspflichtige Unternehmen selbst im Zeitpunkt der Veräußerung den Anspruch auf Dividende bereits endgültig verloren. Soll dieser Rechtsverlust für das mitteilungssäumige Unternehmen dadurch zu ver-

---

1) Barz in Großkommentar §58 Anm.32; Baumbach-Hueck §58 Anm.20.

meiden sein, daß es den Dividendenanspruch abtritt?[1] Man könnte dies mit der Begründung hinnehmen, daß die Abtretung der Gewinnansprüche nicht von den in §20 VII genannten Fällen des Verbots der Rechtsausübung durch Dritte erfaßt wird. Die Übertragung der Gewinnansprüche kann man nicht als Ausübung der Rechte durch Dritte "für Rechnung des Unternehmens" ansehen: Bei der Übertragung des Dividendenanspruchs wird der Erwerber nicht nur der Form nach Alleinberechtigter, er ist auch nicht weisungsabhängig, braucht keine Auskünfte zu erteilen, Rücksicht auf die Belange des Unternehmens zu nehmen und trägt allein das Risiko der Höhe der Dividende.[2] Die Entstehungsgeschichte des §20 könnte dafür sprechen, daß die Veräußerung lediglich der Gewinnansprüche nicht von §20 VII erfaßt werden sollte: In §19 III des RegE war nur das Verbot der Stimmrechtsausübung für die Dauer des Unterlassens der Mitteilung ausgesprochen; obgleich in §19 I des RegE wie im §20 I des Gesetzes für die Frage der Mitteilungspflicht eine Zurechnung der Anteile ausgesprochen war, die abhängige Unternehmen oder Dritte für Rechnung des mitteilungspflichtigen oder eines abhängigen Unternehmens halten, findet sich die Erstreckung des Rechtsausübungsverbots auf abhängige Unternehmen und

---

1) Wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung in §20 VII auch hinsichtlich der Dividende lediglich ein subjektbezogenes Rechtsausübungsverbot i.S. eines Handlungsverbots sieht, liegt es nahe, daraus nicht nur die Nachholbarkeit der Mitteilung zu folgern - vgl. oben S.20 -, sondern auch dann ein Ende des Rechtsverlustes zu bejahen, wenn das mitteilungssäumige Unternehmen den Dividendenanspruch überträgt: vgl. etwa Schäfer BB 1966, 1004 ff (1006,1007); Schmidt ZfgesKW 1966, 1081, 1082; zum "Wiederaufleben" der "ruhenden" Rechte aus eigenen Aktien im Falle der Veräußerung der Aktien vgl. auch Werneburg ZHR Bd.90 (1927) S.204 ff (211).

2) Zu dem Rechtsverhältnis, das mit der Bezeichnung "für Rechnung" angesprochen ist: vgl. Barz in Großkommentar §56 Anm.2; Baumbach-Hueck §56 Anm.5; Würdinger LB S.53 ff.

Dritte erst in der vom Wirtschaftsausschuß vorgeschlagenen Fassung, die den Rechtsverlust auf alle Rechte aus den Aktien erstreckt. Dies legt den Schluß nahe, da die Erstreckung des Rechtsausübungsverbots auf Dritte mit der Anordnung des Rechtsverlustes auch hinsichtlich der Dividende zusammenfalle, sei diese Regelung insoweit als abschließend gewollt, als die Formen der nach §20 VII verbotenen Rechtsausübung in Frage stehen.

Diese Schlußfolgerung wäre aber nur unter der Voraussetzung entsprechenden Problembewußtseins bei den am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten zutreffend, wofür sich in den Materialien kein Hinweis findet.[1] Die Erstreckung des Rechtsausübungsverbots auf abhängige Unternehmen und Dritte erklärt sich als die Erfassung der naheliegendsten Umgehung des Rechtsausübungsverbots; naheliegend als ein Weiterdenken auf dem Weg, auf dem die Zurechnung nach §20 I liegt: Wenn eine Umgehung der Mitteilungspflicht durch Einschaltung von abhängigen Unternehmen und Dritten als Aktieninhaber nach §20 I verhindert werden sollte, war es nur konsequent, eine Umgehung des Rechtsverlustes durch die Einschaltung der gleichen Personen mit den gleichen Rechtsbeziehungen zum mitteilungspflichtigen Unternehmen nach Entstehen der Mitteilungspflicht zu verhindern. So wenig aber sich das Gesetz um die Einzelheiten des Rechtsverlusts z.B. hinsichtlich der Dividende gekümmert hat, so wenig besteht Grund zur Qualifikation der in §20 VII genannten Umgehungsformen als abschließend. Im übrigen ist schon zweifelhaft, in welcher Weise §20 VII als eine Umgehung des Rechtsverlustes zu interpretieren ist: Auch wenn man es wegen der selbständigen Übertragbarkeit einzelner Rechte aus Aktien grundsätzlich für möglich hält, daß Dritte für Rechnung des mitteilungspflichtigen Unternehmens

---

1) Auch Schäfer BB 1966, 1004 ff (1006) zweifelt, ob dem Wirtschaftsausschuß mit der Erweiterung des Rechtsausübungsverbots auf alle Rechte aus den Aktien die Regelungsbedürftigkeit bezüglich der Dividende bewußt war.

Rechte aus Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens ausüben können, dürfte doch ein anderer Tatbestand gemeint sein, nämlich der Fall, daß Dritte die betreffenden Aktien für Rechnung des mitteilungspflichtigen Unternehmens halten und in dieser Weise Rechte aus den Aktien ausüben; denn es kann nicht die Absicht des §20 VII gewesen sein, den Rechtsverlust auf die Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens zu beschränken und nur den Kreis derjenigen zu erweitern, die aus eben diesen Aktien keine Rechte ausüben können.[1)]
Wenn man danach in §20 VII ("können... durch das Unternehmen ein von ihm abhängiges Unternehmen, oder einen anderen für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens nicht ausgeübt werden") eine Regelung der Umgehung des Rechtsverlustes sehen will, dann nur in Hinblick auf die Frage, welche Aktien vom Rechtsverlust erfaßt werden, nicht in Hinblick auf die Frage der Art und Weise der Rechtsausübung.

Auch aus §405 III Nr.5 kann nicht gefolgert werden, als Umgehung des §20 VII werde nur die Überlassung des Stimmrechts als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet, so daß hinsichtlich der übrigen Rechte eine bewußt unvollständige Sanktion mit §20 VII gegeben sei; die Unvollständigkeit betrifft nämlich nur die Frage nach der Qualifikation als Ordnungswidrigkeit, und insoweit mag man mit dem Hinweis auf das Verbot der strafrechtlichen Analogie die Beschränkung des §405 III Nr.5 auf das Stimmrecht für unverständlich halten.[2)] Eine durchaus andere Frage ist die nach den vermögensrechtlichen Rechtsfolgen verschiedener Formen der Rechtsausübung aus dem Dividendenrecht.
Die Frage muß daher lauten, ob wegen des Unterschieds zwischen der Rechtsausübung "für Rechnung des Unter-

---

1) S. dazu unten S.53 ff.
2) Bernhardt BB 1966, 678 ff (683); Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.41.

nehmens" und der Übertragung des Gewinnanspruchs auch die Rechtfertigung für den Rechtsverlust im Falle der Veräußerung des Gewinnanspruchs entfällt.
Daran kann man denken, wenn man den Grund für den Rechtsentzug nach §20 VII darin sieht, daß die Handlung der Rechtsausübung durch das Unternehmen verhindert werden soll. Dann nämlich wäre es sachgemäß, nur die Ausübung "für Rechnung des Unternehmens" mit §20 VII zu erfassen, weil nur die hier allein mögliche Einflußnahme die Gleichbewertung mit der Ausübung durch das Unternehmen selbst rechtfertigt. Von der Handlung der Rechtsausübung geht jedoch nur beim Stimmrecht eine Gefahr aus, die §20 VII verhindern will: die Einflußnahme auf die Gesellschaft ohne Eingreifen der Schutzvorschriften für die AG, die Gläubiger und die übrigen Aktionäre.
Wenn man aber den Dividendenverlust in der oben beschriebenen Weise (mit dem Ablauf des Geschäftsjahres) als endgültig ansieht, bedeutet dies, daß das mitteilungspflichtige Unternehmen in diesem Zeitpunkt den Nachteil des Dividendenverlustes haben soll: einen Vermögensnachteil, den das Unternehmen nur durch Erstattung der Mitteilung vor Ablauf des Geschäftsjahres vermeiden können soll. Wollte man dem Unternehmen die Möglichkeit der Veräußerung des Dividendenanspruchs nach Ende des Geschäftsjahres zubilligen, könnte es sich der Sanktion entziehen, ohne den Grund für die Sanktion beseitigt zu haben; der Grund für die Sanktion ist der mitteilungspflichtige Aktienbesitz und das Unterlassen der Mitteilung bis zum Ende des Geschäftsjahres. Dagegen liegt der Grund für die Sanktion nicht etwa darin, daß das Unternehmen den Dividendenanspruch selber geltend macht. Ob das von der Sanktion betroffene Unternehmen den Dividendenanspruch selber geltend macht oder sich den im Dividendenrecht enthaltenen Vermögenswert in anderer Weise zuführt, ist ohne Bedeutung angesichts der einzigen möglichen Funktion des §20 VII hinsichtlich des Dividendenrechts, dem Unternehmen einen Vermögensnachteil für den Fall des Unterlassens der Mitteilung zuzu-

fügen. Deshalb muß man entweder die Abtretung als "Ausübung" des Rechts im Sinne von §20 VII ansehen[1] oder weil der Tatbestand, an den die Sanktion anknüpft, fortbesteht, muß es als Umgehung des §20 VII gewertet werden, wenn trotz unterlassener Mitteilung der Vermögensnachteil des Dividendenverlustes vermieden werden soll.

Der Erkenntnis, daß das mitteilungssäumige Unternehmen mit Ablauf des Geschäftsjahres die Dividende verloren hat und diesem Verlust nicht durch Abtretung des Dividendenrechts entgehen darf, wird dadurch Rechnung getragen, daß man sagt, der Dividendenverlust könne nach §404 BGB auch dem Erwerber des Dividendenanspruchs entgegen gehalten werden.[2] Zur Rechtfertigung dafür kann man anführen[3], daß der Erwerber des Gewinnanspruchs nicht ausnahmslos den Schutz des §796 BGB erhält[4] und daß auch beim Ruhen des Dividendenrechts im Falle des §71 VI der Erwerber sich die fehlende Berechtigung nach §404 BGB entgegen halten lassen muß.[5] Eine Zahlung der Dividende an den Erwerber in Unkenntnis des Tatbestands von §20 VII würde danach zu einem Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber führen. Es fragt sich aber, ob nicht aus den Gründen, die zur Qualifizierung der Veräußerung des Dividendenanspruchs als Umgehung des §20 VII geführt haben, eine andere Lösung möglich ist.

Dem §404 BGB liegt der Gedanke zugrunde, daß der Schuldner keinen Nachteil durch die ohne sein Einverständnis mögliche Übertragung der Forderung auf einen neuen Gläubiger haben soll.[6] Der tragende Grund dafür,daß sich

---

1) Ablehnend: Schmidt ZfgesKW 1966, 1082.
2) So Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.34; ebenso Schäfer BB 1966, 1004 ff (1006), der dieses Ergebnis aber aus Gründen des Verkehrsschutzes für so untragbar hält, daß er deswegen schon für das mitteilungspflichtige Unternehmen selbst die Endgültigkeit des Dividendenverlustes ablehnt, um eine Belastung des Erwerbers mit der Einwendung zu vermeiden.
3) Biedenkopf/Koppensteiner a.a.O.
4) Barz in Großkommentar §58 Anm.36; Godin-Wilhelmi §58 Anm.12; Baumbach-Hueck §58 Anm.26; Würdinger LB S.48,49.
5) Barz in Großkommentar §71 Anm.42; Godin-Wilhelmi §71 Anm.21; ders. §58 Anm.12.
6) Allgemeine Ansicht: vgl. etwa Soergel-Reimer Schmidt §404 Anm.1; RGRK - Weber §404 Anm.1; Palandt-Heinrichs §404 Anm.1; BGHZ 19, 153 ff (156).

der Zessionar des Dividendenanspruchs den nach §20 VII eingetretenen Rechtsverlust entgegenhalten lassen muß, liegt aber nicht in der Wahrung der Interessen der AG als Schuldner des Dividendenanspruchs: Der AG fällt der Vorteil des Dividendenverlustes des mitteilungspflichtigen Unternehmens zwangsläufig zu, ohne daß es dem Gesetz auf den Aspekt des Vorteils für die AG ankäme. Deshalb geht es auch bei der Zession nicht primär um die Wahrung der Belange der AG. Wenn der Zessionar sich den Rechtsverlust aus §20 VII gemäß §404 BGB entgegenhalten lassen muß, so soll damit nur sicher gestellt werden, daß der Zedent nicht durch Abtretung seine Rechtsstellung verbessern kann: Er wird vom Zessionar nach §§437, 440 BGB in Anspruch genommen. Wenn aber dies das primäre Ziel ist, daß das mitteilungspflichtige Unternehmen auch nicht auf dem Umweg über die Veräußerung der Dividendenansprüche in den Genuß der Dividende kommt, fehlt die Rechtfertigung für die Belastung des Zessionars mit einem Bereicherungsanspruch: Um zu verhindern, daß das mitteilungspflichtige Unternehmen sich den Vermögensvorteil des Dividendenrechts in anderer Weise als durch eigene Entgegennahme der Dividende zunutze macht, ist es erforderlich und ausreichend, die Sanktion des §20 VII "umgehungsfest" zu machen. Bei der Entgegennahme der Dividende entgegen §20 VII durch das Unternehmen selbst erfolgt dies durch einen Bereicherungsanspruch gegen das Unternehmen aus §812 BGB. Bei der Abtretung des Gewinnanspruchs bietet sich m.E. der Gedanke des §816 I BGB an: die Abtretung des Dividendenanspruchs als Verfügung des wegen §20 VII nichtberechtigten mitteilungssäumigen Unternehmens.
§816 BGB verlangt nun zwar die Wirksamkeit der Verfügung, und diese ist nur zu bejahen, wenn die aus §20 VII entstandene Einwendung des Dividendenverlustes dem Erwerber gegenüber nicht gelten würde. Daß der Dividendenverlust nach §20 VII auch gegen den Erwerber nach §404 BGB wirkt, ist aber durchaus keine Konstante in den hier anzustellenden Überlegungen. Vielmehr

geht es um die Alternative, entweder den Erwerber oder das mitteilungssäumige Unternehmen in Anspruch zu nehmen. Das Interesse der AG, an der die Beteiligung besteht, ist hier weder auf die eine noch auf die andere Lösung gerichtet. Dies gilt jedenfalls, wenn die Dividende an den Zessionar bezahlt worden ist; denn das Risiko der Zahlungsunfähigkeit ist beim Großaktionär nicht größer als beim Zessionar. Ein Interesse kann die AG allenfalls daran haben, daß sie nach §404 BGB dem Zessionar gegenüber die Leistung mit derselben Begründung (§20 VII) verweigern kann, wie gegenüber dem mitteilungssäumigen Unternehmen. Aber schon hier ist zweifelhaft, ob das Interesse der AG im Rahmen der §§404 BGB, 20 VII schutzwürdig ist: Wenn man bedenkt, daß §20 VII nicht der AG einen Vorteil verschaffen will, den es dann nach §404 BGB zu erhalten gälte, sondern dem mitteilungssäumigen Unternehmen einen Nachteil zufügen will, spricht bereits bei der Frage der Einwendungen nach §404 BGB m.E. einiges dagegen, §20 VII auch gegenüber dem Erwerber wirken zu lassen.[1] Selbst wenn man aber im Rahmen des §4o4 BGB das Interesse der AG für schutzwürdig hält und dem Erwerber gegenüber den Dividendenverlust nach §20 VII wirken läßt, ist mit dieser Entscheidung kein Konstruktionszwang von der Art gegeben, daß nach Leistung an den Zessionar der Bereicherungsanspruch nur gegen den Zessionar gerichtet sein könnte. Denn wie auch die von der h.M.[2] anerkannte Möglichkeit der Genehmigung unwirksamer Verfügungen zeigt, kommt es nicht auf begrifflich-schematische Lösungen an, sondern auf die Berücksichtigung von schutzwürdigen Interessen. Im Verhältnis zwischen mitteilungssäumigem Unternehmen und Zessionar spricht alles dafür, nicht erst den Zessionar dem Bereicherungsanspruch der AG auszusetzen und ihn dann auf Ansprüche aus Rechts-

---

1) Bei Einreden ist anerkannt, daß diese dann nicht gegenüber dem Erwerber wirken, wenn sie ausschließlich in der Beziehung des Schuldners zum Zedenten begründet sind: vgl. Soergel-Reimer Schmidt §404 Anm.1; RGRK-Weber §404 Anm.7; Erman-H.P.Westermann §404 Anm.1; Herschel ZAkDR 1940, 76-78.

2) Staudinger-Seufert §816 Anm.4a; RGRK-Heimann-Trosien §816 Anm.6; Soergel-Mühl §816 Anm.5 - jeweils mit weiteren Nachweisen.

mängelhaftung gegen das mitteilungssäumige Unternehmen zu verweisen; denn der Grund für den Nachteil aus §20 VII trifft ausschließlich für das Unternehmen zu, das die Mitteilung versäumt hat.
Jedenfalls nach Zahlung der Dividende an den Zessionar ist es nach den Interessen der Beteiligten und dem Zweck des Dividendenverlustes nach §20 VII geboten, der AG einen Anspruch entsprechend §816 I BGB gegen das mitteilungssäumige Unternehmen zu geben, der auf das gerichtet ist, was das Unternehmen für die Veräußerung der Gewinnansprüche erhalten hat. Auf diese Weise wird unmittelbar der Zweck des §20 VII verwirklicht, dem Unternehmen bei unterlassener Mitteilung den Vorteil der Dividende zu entziehen, was bei einer Veräußerung heißen muß, den Ersatzvorteil des Veräußerungserlöses zu entziehen. Das Interesse des Zessionars braucht jedenfalls nach Zahlung der Dividende nicht mehr beeinträchtigt zu werden.[1)]
Wenn nach §816 I BGB der Anspruch nur auf das durch die Verfügung Erlangte geht, so entspricht dies durchaus dem Zweck des §20 VII: Auch wenn zwischen dem für die Veräußerung der Dividendenansprüche erzielten Preis und der später tatsächlich gezahlten Dividende eine Differenz bestehen sollte, verliert das mitteilungssäumige Unternehmen nur, aber auch in voller Höhe den Vorteil aus dem mit der Aktie verbundenen Recht auf Beteiligung am Gewinn. Die AG erhält zwar bei einem Anspruch entsprechend §816 I BGB gegen das mitteilungssäumige Unternehmen möglicherweise weniger als bei einem Anspruch aus §812 BGB gegen den Zessionar; Dieser Preis für die Verbesserung der Umlaufsfähigkeit der Aktien steht aber durchaus im Einklang mit dem Anliegen von §20 VII, der den für die AG (aus dem Dividendenverlust für das mitteilungssäumige Unternehmen) entstehenden Vorteil nur als notwendige Folge, nicht aber als Grund und Zweck der Sanktion will.

---

1) Damit verliert das Argument Schäfers - Schäfer BB 1966, 1006 - von der Beeinträchtigung der Umlauffähigkeit bei der Frage der Endgültigkeit des Dividendenverlusts nach §2o VII an Bedeutung.

Dieselben Überlegungen, die gegen eine Lösung des Problems der Übertragung der Dividendenansprüche durch das mitteilungssäumige Unternehmen zu Lasten des Zessionars sprechen, sind auch gegen die Annahme der Nichtigkeit der Abtretung aus dem Gesichtspunkt der Umgehung eines Verbotsgesetzes anzuführen: Auch wenn man das Verbot der Rechtsausübung nach §20 VII als gesetzliches Verbot im Sinne von §134 BGB ansieht,[1] ist die Abtretung nicht zwangsläufig als Umgehungsgeschäft nichtig. Dies wäre nur der Fall, wenn gerade auch der Erfolg der Abtretung vom gesetzlichen Verbot verhindert werden sollte.[2] Das aber ist gerade nicht der Fall: Nur der für das mitteilungssäumige Unternehmen aus der Abtretung entstehende Vorteil soll verhindert werden, und dafür wäre es wiederum nicht zu rechtfertigen, auch den Erwerber mit der Nichtigkeitsfolge aus dem Gedanken der Umgehung eines gesetzlichen Verbots zu belasten.[3]

Wenn die Veräußerung des Dividendenanspruchs durch das mitteilungspflichtige Unternehmen vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgt, ohne daß das Unternehmen die Mitteilung bis zum Ende des Geschäftsjahres erstattet, ist die Rechtslage nicht anders zu beurteilen. Auch hier würde das Unternehmen durch die Veräußerung lediglich der Gewinnansprüche die Rechtsfolge des §20 VII vermeiden, ohne die Mitteilungspflicht erfüllt oder - durch Veräußerung der Aktien beseitigt zu haben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das mitteilungspflichtige Unternehmen die Gewinnansprüche veräußert oder aber beim Erwerb der Aktien die Gewinnansprüche beim Veräußerer beläßt. Im ersten Fall muß der Anspruch auf den Veräußerungserlös gerichtet sein, im letzteren Fall auf die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Preis und demjenigen Preis, den das Unternehmen für

---

1) So Schmidt ZfgesKW 1966, 1081.
2) Erman-H.Westermann §134 Anm.21; vgl. auch Soergel-Hefermehl §134 Anm.38; Palandt-Heinrichs §134 Anm.4; Flume: Das Rechtsgeschäft S.350,351.
3) So im Ergebnis auch Schmidt ZfgesKW 1966, 1081 ff (1082).

den Erwerb der Aktien mit den Gewinnansprüchen hätte zahlen müssen.
Die Anspruchsgrundlage kann im letzten Fall ebenfalls der Gedanke des §816 I BGB sein: Der Erwerb der Aktien ohne Dividendenansprüche ist aus der Sanktionsabsicht des §20 VII nicht anders zu beurteilen als der Erwerb der Aktien unter Einschluß der Gewinnansprüche mit nachfolgender Veräußerung der Gewinnansprüche. In beiden Fällen führt sich das Unternehmen den Vorteil der Gewinnansprüche zu, obgleich es nach §20 VII wegen unterlassener Mitteilung mit dem Ablauf des Geschäftsjahres den Nachteil des Dividendenverlustes haben soll. Auch wenn im Zeitpunkt der Verfügung über die Gewinnansprüche der Verlust nach §20 VII noch nicht eingetreten ist, ist doch der mitteilungspflichtige Aktienbesitz bereits vorhanden und mit der Möglichkeit des Rechtsnachteils aus §20 VII belastet. Das mitteilungspflichtige Unternehmen w i r d also durch das Unterlassen der Mitteilung bis zum Zeitpunkt des Ablaufs des Geschäftsjahres zum Nichtberechtigten im Sinne von §816 I BGB.[1)]
Wenn zum Zeitpunkt der Verfügung über die Gewinnansprüche die mitteilungspflichtige Beteiligungshöhe noch nicht erreicht ist, durch nachfolgenden Erwerb weiterer Anteile aber die Grenze der Mitteilungspflicht überschritten wird und bis zum Ablauf des Geschäftsjahres die Mitteilung nicht erfolgt, könnte man meinen, daß keine Umgehung des §20 VII gegeben sei und §20 VII nur die Gewinnansprüche erfaßt, die beim mitteilungssäumigen Unternehmen verblieben sind. Dies wäre aber nur richtig, wenn es auf eine Umgehungsabsicht ankäme. So wenig, wie die in §20 VII angeordnete Rechtsfolge vom Verschulden abhängig ist, so wenig kommt es aber bei der Weiterführung des §20 VII durch einen Anspruch aus §816 I BGB auf die mit der Veräußerung der Gewinn-

---

1) Die Berechtigung im Zeitpunkt der Verfügung kann später zur Nichtberechtigung i.S. von §816 I BGB werden: vgl. Jahr JuS 1963, 397 ff (398 Fußn.19 m.w.N.); Erman-H.P.Westermann §816 Anm.4; gleiches muß gelten, wenn über eine zukünftige Forderung verfügt wird.

ansprüche verfolgten Absichten an. Auch hier gilt, daß nach §20 VII der mitteilungssäumige Aktionär den Nachteil des Dividendenverlustes haben soll und er deshalb auch die Surrogate des Gewinnanspruchs verlieren muß.

f) Der Rechtsverlust nach §20 VII und der Adressat des Bereicherungsanspruchs im Falle der Zurechnung von Aktien nach §16 IV

Nach §§20 I Satz 2, 16 IV werden für die Frage der Mitteilungspflicht die Anteile eines abhängigen Unternehmens zu den Anteilen des herrschenden Unternehmens hinzugerechnet. Auf diese Weise wird dem Umstand Rechnung getragen, daß kraft des Abhängigkeitsverhältnisses die Beteiligung des abhängigen Unternehmens für das herrschende Unternehmen einen gleich großen Einfluß auf die AG ermöglicht wie der eigene Aktienbesitz des herrschenden Unternehmens. Angesichts des Zwecks, "den Wirklichkeitswert der Vorschrift zu erhöhen und Umgehungen vorzubeugen"[1], ist es richtig, wenn das herrschende Unternehmen auch dann als mitteilungspflichtig angesehen wird, wenn es selbst keine Aktien hat, aber z.B. zwei abhängige Unternehmen je 20% Aktien an der AG haben.[2] Soll nun aber bei unterlassener Mitteilung das mit 20% beteiligte Unternehmen von der Folge des §20 VII betroffen sein und bei einem Dividendenbezug auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden? (Die gleiche Problematik entsteht bei einer mehr als 25%igen Beteiligung des abhängigen Unternehmens, wenn man in diesem Fall - auch - das herrschende Unternehmen für nach §20 I mitteilungspflichtig hält[3] oder wenn die Zurechnung zu einer nach

---

1) Begründung zum RegE zu §16 bei Kropff S.30.
2) Für eine Zurechnung nach §16 IV auch bei Fehlen einer eigenen Beteiligung des herrschenden Unternehmens: Havermann WPg 1966, 30 ff (34); Bernhardt BB 1966, 678 ff (681); Zilias WPg 1967, 465 ff (466 Fußn.1); Müller AG 1968, 277; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §16 Anm.18; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.13; ders. §16 Anm.44; Emmerich-Sonnenschein S.46; a.M. Würdinger LB S.251,254; von Falkenhausen BB 1966, 875; wohl auch: Schäfer BB 1966, 229 (231).
3) Eine doppelte Mitteilungspflicht bejahen: Rasch S.67-69; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.19;

§20 IV mitzuteilenden Beteiligung des herrschenden Unternehmens führt[1] und nur das herrschende Unternehmen seine Mitteilungspflicht nicht erfüllt.)
Bedenken bestehen deshalb, weil einerseits bei 20%iger Beteiligung keine eigene Mitteilungspflicht des abhängigen Unternehmens besteht, andererseits das mit 20% beteiligte Unternehmen keine Einflußmöglichkeit auf die Erfüllung der Mitteilungspflicht durch das herrschende Unternehmen hat, u.U. nicht einmal Kenntnis vom Tatbestand der Mitteilungspflicht des herrschenden Unternehmens hat.[2]
Wenn aber eine Umgehung der Mitteilungspflicht durch ein Verteilen der mitteilungspflichtigen Beteiligung auf abhängige Unternehmen vom Gesetz verhindert werden soll, ist es unumgänglich, auch die Regelung des §20 VII an diese Gleichbewertung von eigenen Aktien und Aktien eines abhängigen Unternehmens anzupassen:
Der Wortlaut des §20 VII spricht allerdings gegen einen Rechtsverlust aus zugerechneten Aktien des abhängigen Unternehmens; denn nach §20 VII sind zu unterscheiden diejenigen Aktien, aus denen keine Rechte ausgeübt werden können - hier sind nur die Aktien genannt, die dem mitteilungssäumigen Unternehmen gehören, nicht etwa die, die ihm für die Mitteilungspflicht zugerechnet werden - und diejenigen Personen, durch die die Rechte aus eben diesen Aktien nicht ausgeübt werden können. Wenn §20 VII allgemein so gelesen wird[3], als ob sich das Ausübungs-

---

Emmerich-Sonnenschein S.46; Ballerstedt JZ 1968, 397 ff (398); nur das herrschende Unternehmen halten für mitteilungspflichtig: Schäfer BB 1966, 230; Bernhardt BB 1966, 678 ff (681); Godin-Wilhelmi §20 Anm.2; Baumbach-Hueck §20 Anm.8 m.w.N.

1) Auch §16 IV ist bei §20 IV anwendbar, obgleich §20 IV nur §16 I nennt: Bernhardt BB, 1966, 678 ff (680,681); Schäfer BB 1966, 230; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.15; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.5; Godin-Wilhelmi §20 Anm.6; Baumbach-Hueck §20 Anm.11; Rasch S.67; Emmerich-Sonnenschein S.47.

2) Rasch S.70 will dementsprechend einen Rechtsverlust aus §20 VII nur bei Verletzung der eigenen Mitteilungspflicht des Aktionärs zulassen.

3) Havermann WPg 1966, 30 ff (37); Schäfer BB 1966, 1004 ff (1005); Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.64,65; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.11; ders. LB S.251; Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Baumbach-Hueck §20 Anm.16; Emmerich-Sonnenschein S.47; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.19.

verbot nicht nur auf die Aktien des mitteilungssäumigen Unternehmens, sondern auch auf die nach §§20 I Satz 2, 16 IV zugerechneten Aktien bezöge, ist dies im Ergebnis richtig: Wenn die Zurechnung nur für die Mitteilungspflicht stattfände, nicht aber die Sanktion entsprechend weitergedacht würde, würde die Absicht der Zurechnung illusorisch. Die Erstreckung der Sanktion auf die zugerechneten Aktien erscheint so unabweisbar, daß man den §20 VII insoweit wohl als redaktionell mißglückt ansehen muß.[1] Die Erstreckung des Rechtsverlustes auf die nach §16 IV zugerechneten Aktien dürfte das Anliegen von §20 VII sein und nicht die Erweiterung des Verbots der Rechtsausübung aus Aktien lediglich des mitteilungssäumigen Unternehmens auf diejenigen Personen, die §20 VII in Übereinstimmung mit §16 IV aufzählt.
Man kann die Erstreckung des Rechtsverlustes nach §20 VII auf die nach §16 IV zugerechneten Aktien auf zwei Arten mit dem Text des §20 VII in Einklang zu bringen versuchen: Eine Möglichkeit ist, das Wort "gehören" in §20 VII im Sinne der materiellen Eigentumsberechtigung zu verstehen, sondern entsprechend dem Grundgedanken der Zurechnungstatbestände als dem mitteilungspflichtigen Unternehmen "gehörend" auch diejenigen Aktien anzusehen, die ihm zugerechnet werden.[2] Dafür kann man anführen[3], daß der Rechtsverlust nach §21 IV nach allgemeiner An-

---

1) Die Formulierung, die die Auslegung der h.M. deckt, hätte lauten müssen: "Rechte aus Aktien, in Bezug auf welche eine Mitteilungspflicht nach §20 I oder §20 IV entstanden ist, können für die Zeit, für die das Unternehmen die Mitteilung nicht erstattet hat, durch das Unternehmen, ein von ihm abhängiges Unternehmen oder einen anderen für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens nicht ausgeübt werden", vgl. Würdingers Erläuterung zu §20 VII: Würdinger LB S.251.
2) So Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.65; Zilias WPg 1967, 465 ff für §16 IV.
3) So Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §21 Anm.12.

sicht[1] die nach §16 IV zugerechneten Aktien erfaßt, ohne daß §16 IV in §21 IV erwähnt ist. Bei dieser Lesart ist freilich der Sinn des zweiten Teils des §20 VII unklar: Wenn sich der Rechtsverlust auf die Aktien erstreckt, die einem abhängigen Unternehmen oder einem Dritten für Rechnung des mitteilungspflichtigen oder des abhängigen Unternehmens gehören, versteht sich das Verbot der Rechtsausübung durch diese Personen von selbst. Das Verbot der Rechtsausübung durch abhängige Unternehmen und Dritte könnte dann nur den Sinn der Einschränkung haben[2]: Nur die dort genannten Personen sollen an der Ausübung der Rechte gehindert sein. Worin der Sinn dieser Einschränkung liegen sollte, wäre aber unklar; denn die entscheidende Einschränkung ist bereits vorgenommen, wenn der Rechtsverlust nur auf die nach §16 IV, nicht aber auf die nach §20 II zugerechneten Aktien erstreckt wird. Einer Erwähnung der in §16 IV genannten Personen bedarf es nicht, um die in §20 II genannten Personen vom Verbot der Rechtsausübung auszunehmen. Näher liegt m.E. die Annahme, mit dem Wort "gehören" seien - jedenfalls in §20 VII - nur die im Eigentum des mitteilungspflichtigen Unternehmens befindlichen Aktien gemeint. Der letzte Teil des §20 VII ("durch das Unternehmen...") erhält sodann Sinn, wenn man weiter annimmt, daß es nicht auf die Erstreckung des Rechtsausübungsverbots auf abhängige Unternehmen und Dritte bei Beschränkung des Rechtsverlusts auf die Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens ankommt, sondern auf die Erfassung der Aktien, die dem abhängigen Unternehmen und dem Dritten gehören. Insoweit hat der Passus "durch das Unternehmen..." in der Tat zugleich erweiternde und einschränkende Bedeutung: Über die Aktien des mitteilungssäumigen Unternehmens hinaus werden die Aktien der hier Genannten vom Rechtsverlust

---

1) Vgl. die oben S.2 Fußn.4 genannten Autoren.
2) So in der Tat Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §21 Anm.12.

betroffen, aber nicht die Aktien der in §20 II Genannten.
Bei dieser Deutung bleibt als Ungereimtheit, daß in §21 IV kein Bezug auf die nach §§21 I, 16 IV zugerechneten Aktien genommen ist. Die Erstreckung des Rechtsverlustes nach §21 IV auf die nach §16 IV zugerechneten Aktien läßt sich aber mit dem Umstand rechtfertigen, daß der Wirtschaftsausschuß aus §19 des RegE die §§19 und 19a (§§20 und 21 des Gesetzes) geschaffen hat, um Mißverständnisse zu beseitigen, die durch die Regelung der Mitteilungspflicht für verschiedene Gruppen von Mitteilungspflichtigen in einer Vorschrift entstanden waren.[1] Durch die Auflösung der Tatbestände in zwei Vorschriften sollten Unterschiede bei der Sanktion nicht begründet werden. Das Hauptinteresse richtete sich dabei auf die Fassung des §20; in §21 waren die "weniger bedeutenden Mitteilungspflichten"[2] zu regeln.
Wenn man danach der Ansicht folgt, daß das herrschende Unternehmen der Rechtsfolge des §20 VII so wenig durch Übertragung der Beteiligung auf die in §16 IV genannten Personen ausweichen kann wie der Mitteilungspflicht, so ist noch die weitere Frage, wie in diesen Fällen §20 VII wirken soll. Zu erwägen ist, ob die Folgen unterlassener Mitteilung nicht richtiger das mitteilungssäumige herrschende Unternehmen statt des nicht mitteilungspflichtigen abhängigen Unternehmens treffen sollte. Wenn man die einzige mögliche Funktion des Dividendenverlusts aus §20 VII bedenkt, als Druckmittel das mitteilungspflichtige Unternehmen zur Erstattung der Mitteilung zu veranlassen, so trifft der Dividendenverlust (zunächst) den falschen Adressaten. Sollte deshalb - ähnlich wie bei der Vermeidung des Dividendenverlustes und entsprechender Bereicherungsansprüche gegen den Zessionar der Gewinnansprüche - anstelle des Rechtsverlustes zu Lasten des abhängigen Unternehmens ausschließlich das herrschende, mit der Mitteilungspflicht be-

---

1) Vgl. den Ausschußbericht bei Kropff S.41.
2) Vgl. den Ausschußbericht a.a.O.

lastete Unternehmen mit dem Rechtsverlust belastet und/oder bei einer Rechtsausübung entgegen §20 VII in Anspruch genommen werden?
Ein Versuch, den Rechtsverlust nach §20 VII gegen das mitteilungspflichtige Unternehmen anstelle des abhängigen Unternehmens wirken zu lassen, stößt aber nicht nur auf konstruktive Schwierigkeiten, sondern wird auch nicht der Funktion des §20 VII voll gerecht: Wenn man es auch für richtig halten könnte, daß der wirtschaftliche Nachteil des Dividendenverlustes nur gegen das mitteilungspflichtige Unternehmen gerichtet ist, so muß doch der andere Aspekt des §20 VII bedacht werden, daß die Einflußnahme auf die AG über das Stimmrecht bis zur Offenlegung der Beteiligung verhindert werden soll. Der Verlust des Stimmrechts muß aber ein Rechtsverlust des Aktionärs, d.h. des abhängigen Unternehmens sein; denn ein Verbot nur der mittelbaren Ausübung von Einfluß (durch das herrschende Unternehmen über das Stimmrecht des abhängigen Unternehmens) scheidet schon aus Gründen der Praktikabilität und fehlender Kontrollmöglichkeit als ausreichender Ersatz aus. Wenn es aber wegen der Aufgabe des Verlustes des Stimmrechts beim Rechtsverlust in der Person des Aktionärs bleiben muß, kann eine unterschiedliche Wirkung des Rechtsverlustes nach §20 VII beim Dividendenrecht nicht befürwortet werden. Als Ausweg aus dem Umstand, daß das abhängige Unternehmen als Aktionär nach §20 VII Nachteile erleidet, ohne dies durch ordnungsgemäßes Verhalten verhindern zu können, kommt daher nur ein Ersatzanspruch des vom Rechtsverlust nach §20 VII betroffenen Unternehmens gegen das mitteilungspflichtige Unternehmen in Betracht.[1)]
Diese Frage ist freilich vom Gesetz nicht geregelt: Bei der Schaffung des §20 VII ist nicht berücksichtigt worden, daß Mitteilungspflichtiger und vom Rechtsverlust betroffener Aktionär im Falle der Zurechnung von Aktien

---

1) So auch Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.64.

nicht identisch sind. Eine Regelung wäre aber erforderlich gewesen, da die §§309, 317 keine hinreichende Regelung enthalten. Zunächst muß ein Ausgleichsanspruch des abhängigen Unternehmens ohne Rücksicht darauf bestehen, ob das herrschende Unternehmen die Mitteilungspflicht schuldhaft verletzt hat: Ein Anspruch aus §309 bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages erfordert ein Verschulden der Organe der herrschenden Gesellschaft.[1] Der Rechtsverlust nach §20 VII tritt jedoch ohne Verschulden ein;[2] also muß auch der Rückgriff des abhängigen Unternehmens gegen das herrschende Unternehmen von der Frage des Verschuldens unabhängig sein. Auch die Regelung des §317 paßt nicht, weil das Unterlassen der Mitteilung durch das herrschende Unternehmen keine "Veranlassung" zu einem Rechtsgeschäft oder einer Maßnahme ist. Der Schaden des abhängigen Unternehmens tritt durch das Unterlassen der Mitteilung seitens des herrschenden Unternehmens ein, und zwar ganz ohne Zutun, u.U. sogar ohne Kenntnis des abhängigen Unternehmens. Gleichwohl muß auch bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages der aus §20 VII für das abhängige Unternehmen entstehende Nachteil vom herrschenden Unternehmen getragen werden.

Denn wenn das Gesetz selbst dem abhängigen Unternehmen einen Nachteil zufügt, indem die Mitteilungspflicht des herrschenden Unternehmens mit einer Sanktion zu Lasten des abhängigen Unternehmens belegt wird, muß dem Zweck des §20 VII entnommen werden, daß dieser nur aus technischen Gründen beim abhängigen Unternehmen eingetretene Nachteil letztlich vom herrschenden Unternehmen zu tragen ist. Ohne diese Pflicht des herrschenden Unternehmens wäre der Rechtsverlust des abhängigen Unternehmens nicht zu rechtfertigen. Andererseits wird das

---

1) Zur Rechtsnatur des Anspruchs gegen das herrschende Unternehmen und zum Erfordernis des Verschuldens vgl. Begründung zum RegE bei Kropff S.404,405; Mertens AcP Bd.168 (1968), S.225 ff (228); Würdinger in Großkommentar §309 Anm.6,7 m.w.N.; Baumbach-Hueck §309 Anm.1; Emmerich-Sonnenschein S.134 m.w.N. in Fußn.67.

2) Schäfer BB 1966, 1004; Brauksiepe BB 1966, 869; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.63; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.30.

herrschende Unternehmen nicht unvertretbar belastet: Wenn in der Frage der Mitteilungspflicht eine Gleichbewertung der Aktien des abhängigen Unternehmens mit eigenen Aktien des herrschenden Unternehmens erfolgt ist, stellt die Pflicht des herrschenden Unternehmens, das abhängige Unternehmen von Nachteilen aus §20 VII freizustellen, keinen größeren Nachteil dar als der Rechtsverlust aus eigenen Aktien.

Wenn danach der Rechtsverlust nach §20 VII im Verhältnis zwischen dem abhängigen und dem herrschenden Unternehmen das mitteilungssäumige herrschende Unternehmen trifft, so ist die Frage, ob nach der Entgegennahme der Dividende durch das abhängige Unternehmen entgegen §20 VII ein Anspruch der AG gegen das herrschende Unternehmen in Frage kommt. Man könnte erwägen, daß der Bereicherungsanspruch der AG gegen den Aktionär wegen zu Unrecht (§20 VII) bezogener Dividende unmittelbar gegen das herrschende Unternehmen zu richten sei, weil dieses ja das abhängige Unternehmen von seiner Verpflichtung gegenüber der AG freistellen muß. Auf diese Weise würde derselbe Schritt wie bei der Zurechnung des Aktienbesitzes getan: So wie das Abhängigkeitsverhältnis die Zurechnung des Aktienbesitzes des abhängigen Unternehmens zum Besitz des herrschenden Unternehmens rechtfertigt, könnte die Zurechnung die Inanspruchnahme des herrschenden Unternehmens rechtfertigen, wenn es um die zu Unrecht bezogene Dividende geht, weil der entscheidende Adressat der Sanktion das herrschende Unternehmen ist.

Für eine solche "Durchgriffshaftung"[1] des herrschenden Unternehmens sprechen aber beim Bezug von Dividende entgegen §20 VII durch das abhängige Unternehmen keine ausreichenden Gründe. Die AG kann den Freistellungsanspruch des abhängigen gegen das herrschende Unternehmen pfänden.

---

1) Vgl. grundsätzlich zum Problem des Durchgriffs: Kraft in Kölner Kommentar §1 Anm.60 ff; Meyer-Landrut in Großkommentar §1 Anm.23 ff; Rasch S.234-240.

Diese Möglichkeit wird durchaus den Interessen der AG gerecht: Eine bessere Behandlung der AG im Vergleich zu anderen Gläubigern des abhängigen Unternehmens durch die Gewährung eines Durchgriffsanspruchs gegen das herrschende Unternehmen ist nicht gerechtfertigt; denn der Bereicherungsanspruch ist als Kehrseite des Rechtsverlustes nach §20 VII nicht von besonderer Dringlichkeit. Auch hier gilt es nämlich zu bedenken, daß die AG mit dem Bereicherungsanspruch einen Vorteil erhält, dessen Gewährung nicht das Hauptanliegen der Regelung in §20 VII ist. Dann aber braucht die AG nicht mit der besonderen Maßnahme des Durchgriffs geschützt zu werden, wenn das Hauptanliegen des §20 VII, das mitteilungssäumige Unternehmen mit einem Nachteil zu belasten, in jedem Fall erreicht wird.
Sofern der Rechtsverlust nach §20 VII die nach §16 IV zugerechneten Aktien betrifft, die Dritte für Rechnung des mitteilungspflichtigen oder eines von diesem abhängigen Unternehmens halten, zählt der Nachteil des Dividendenverlustes aus §20 VII zu den dem Dritten zu erstattenden Aufwendungen. Wenn der Dritte den Rechtsverlust aus §20 VII bzw. seine Inanspruchnahme aus §812 BGB bei zu Unrecht bezogener Dividende dem abhängigen Unternehmen in Rechnung stellen kann, hat das abhängige Unternehmen seinerseits gegen das herrschende Unternehmen aus denselben Gründen einen Ersatz- bzw. Freistellungsanspruch, wie wenn das abhängige Unternehmen die vom Rechtsverlust nach §20 VII betroffenen Aktien gehabt hätte.

g) Die Bedeutung der Zurechnung nach §20 II für den Rechtsverlust nach §20 VII

Bei der zweiten Gruppe der Zurechnungstatbestände des §20, in den Fällen des §20 II, entsteht das Problem des Auseinanderfallens von Mitteilungspflichtigem und dem vom Rechtsverlust des §20 VII betroffenen Aktionär nicht, weil nach allgemeiner Ansicht die nach §20 II zugerech-

neten Aktien der Sanktion des §20 VII nicht unterliegen.[1] Als Grund hierfür wird u.a. angeführt,[2] die in §20 II genannten Personen hätten keinen Einfluß auf die Erfüllung der Mitteilungspflicht und dürften daher nicht vom Rechtsverlust betroffen sein. Auffällig ist, daß bei den nach §16 IV zugerechneten Aktien dieselben Überlegungen zutreffen, ohne daß dieselben Konsequenzen daraus gezogen würden.[3] Zu erklären ist dies vielleicht durch das nicht ganz präzise Verständnis des §20 VII, der hinsichtlich der nach §§20 I, 16 IV zugerechneten Aktien schon vom Wortlaut für einschlägig gehalten wird, so daß es keiner Begründung mehr für den Rechtsverlust in Bezug auf die nach §16 IV zugerechneten Aktien bedarf. Da diese Lesart aber bereits eine am Sinn des §20 orientierte Auslegung enthält,[4] ist die unterschiedliche Behandlung der nach §16 IV und der nach §20 II zugerechneten Aktien durchaus begründungsbedürftig.

Wie in den Fällen der Zurechnung nach §§20 I, 20 IV, 16 IV hat der Aktionär, dessen Aktienbesitz nach §20 II zur Mitteilungspflicht des Unternehmens führt, u.U. keine Kenntnis vom mitteilungspflichtigen Tatbestand und kann das Unternehmen nicht zur Mitteilung veranlassen. Man könnte nun den für die Frage der Anwendbarkeit des §20 VII entscheidenden Unterschied darin sehen, daß bei der Zurechnung nach §16 IV der infolge §20 VII dem abhängigen Unternehmen entstehende Schaden vom herrschenden Unternehmen zu tragen ist und daß nur

---

1) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.29; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.11; Bernhardt BB 1966, 682,683; Schäfer BB 1966, 1004 ff (1005); Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.66; Baumbach-Hueck §20 Anm.16; Obermüller-Werner-Winden: Erläuterungen S.235.

2) Die von Biedenkopf/Koppensteiner a.a.O. gegebene Begründung, aus den nach §20 II zugerechneten Aktien könne das mitteilungspflichtige Unternehmen ohnehin (noch) keine Rechte ausüben, reicht nicht als Erklärung: aus den nach §§20 I, 16 IV zugerechneten Aktien können auch nur die Inhaber der Aktien Rechte ausüben.

3) Lediglich Rasch S.70 ist insoweit konsequent.

4) Vgl. oben S.54 ff.

diese Korrektur des Nachteils aus §20 VII die Anwendbarkeit von §20 VII auf die zugerechneten Aktien rechtfertigt.
Dies dürfte freilich keinen Unterschied zu den Zurechnungsfällen des §20 II ausmachen: Wenn man den Rechtsverlust nach §20 VII auch auf die nach §20 II zugerechneten Aktien erstrecken wollte, wäre die Begründung von Ersatzansprüchen des Aktionärs gegen das mitteilungspflichtige Unternehmen aus dem Gesichtspunkt der Einstandspflicht des mitteilungssäumigen Unternehmens für Nachteile des Aktionärs, die lediglich die Folge des Verhaltens des mitteilungspflichtigen Unternehmens sind, nicht weniger naheliegend als bei der Zurechnung nach §16 IV. Der entscheidende Unterschied dürfte in Folgendem liegen:
Um die sich anbahnende qualifizierte Beteiligung der Publizität zu unterwerfen, erschien es notwendig, über die Zurechnungsfälle des §16 IV hinaus diejenigen in §20 II einzuführen. Diese Zurechnung war aber auf die Mitteilungspflicht zu beschränken.[1] Wenn das mitteilungspflichtige Unternehmen lediglich einen Anspruch auf Übertragung der Aktien hat oder zur Abnahme verpflichtet ist, fehlt die Möglichkeit, mittels dieser Aktien Einfluß auf die AG auszuüben.[2] Wenn aber die Möglichkeit der Einflußnahme fehlt, wird die Rechtfertigung für den Rechtsverlust nach §20 VII zweifelhaft. Es entfällt die Aufgabe des Verlustes des Stimmrechts, heimliche Ausübung von Einfluß auf die AG durch das mitteilungspflichtige Unternehmen zu verhindern. Der Verlust der Vermögensrechte aus den Aktien wäre ein Nach-

---

1) Vgl. den Ausschußbericht bei Kropff S.42: "Die Hinzurechnung gilt aber nur für die Mitteilungspflicht und die mit ihr zusammenhängenden Vorschriften"; ob damit auch an §20 VII gedacht war, bleibt unklar.
2) Zu den mit §20 II angesprochenen Arten von Verträgen zwischen dem mitteilungspflichtigen Unternehmen und dem Aktionär vgl. Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.21; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.3b); Baumbach-Hueck §20 Anm.9.

teil, der als unverhältnismäßig schwer anzusehen wäre, da noch keine gegenwärtige, sondern eine erst in der Zukunft mögliche qualifizierte Beteiligung dem Zwang zur Publizität unterworfen wird. §20 II begründet nur eine Mitteilungspflicht hinsichtlich einer mehr als 25%igen Beteiligung, nicht hinsichtlich einer Mehrheitsbeteiligung nach §20 IV.[1] Es werden also nur die Fälle betroffen, in denen das mitteilungspflichtige Unternehmen Einfluß auf die AG nur aus weniger als 25% der Aktien ausüben kann. Von den in Frage kommenden Zwecken der Publizität der Beteiligung ist daher nur derjenige des allgemeinen Interesses an einer möglichen Paketbildung gegeben. Diejenigen Funktionen der Mitteilungspflicht, die wahren Machtverhältnisse in der Gesellschaft hervortreten zu lassen und die Anwendung der Schutzvorschriften zugunsten der AG, der Aktionäre und der Gläubiger der AG zu gewährleisten,[2] sind bei der von §20 II erfaßten Situation noch nicht aktuell. Wegen der geringeren Bedeutung der Publizität von zukünftigen Beteiligungen kann die geringere Sanktionswürdigkeit der Verletzung der Mitteilungspflicht, die sich aus der Zurechnung nach §20 II ergibt, mit der allgemeinen Meinung bejaht werden.

Aus dieser Begründung ergibt sich freilich zugleich ein Einwand gegen die herrschende Lesart des §20 VII: Danach werden von §20 VII nur die nach §20 II zugerechneten Aktien nicht erfaßt; dagegen werden vom Rechtsverlust des §20 VII durchaus die eigenen Aktien des auf Grund von §20 II mitteilungspflichtigen Unternehmens erfaßt. M.E. ist es richtiger, in den Fällen der Mitteilungspflicht kraft Zurechnung nach §20 II einen Rechtsverlust infolge unterlassener Mitteilung auch hinsichtlich

---

1) Bernhardt BB 1966, 678 ff (679); Schäfer BB 1966, 229 ff (230); Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.15; Baumbach-Hueck §20 Anm.11; Rasch S.67; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.20; anders noch die Darstellung bei Geßler BB 1965, 677 ff (678).

2) Vgl. Begründung zum RegE bei Kropff S.38.

der eigenen Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens zu verneinen, solange die Mitteilungspflicht erst durch Zurechnung nach §20 II entstanden ist. Wenn das mitteilungspflichtige Unternehmen selber nur 10% der Aktien hat, nach §20 II ihm aber weitere 20% zugerechnet werden,[1] so ist zwar eine Rechtfertigung für die Mitteilungspflicht in der Anbahnung der Kapitalverflechtung, aber noch keine Rechtfertigung für den Rechtsverlust aus §20 VII gegeben. Die Höhe der Sanktion ist zwar nicht von der Sanktionswürdigkeit des Unterlassens der Mitteilung abhängig;[2] solange aber der Gegenstand der Mitteilungspflicht lediglich eine mögliche qualifizierte Beteiligung ist, geht es noch nicht um gegenwärtige, sondern erst um zukünftige und mögliche Machtverhältnisse in der AG und die Sicherung der Anwendbarkeit der an eine bestimmte Beteiligungshöhe anknüpfenden Vorschriften ist gleichfalls noch nicht aktuell. Ein Rechtsverlust aus eigenen Aktien im Falle unterlassener Mitteilung nach §20 II stünde unter der aufschiebenden Rechtfertigung, daß das Unternehmen die nach §20 II zugerechneten Aktien tatsächlich erwirbt. Wenn das Unternehmen von einem Erwerb der Aktien absieht, hätte es den Rechtsverlust aus den eigenen Aktien, ohne daß je der Tatbestand einer Beteiligung von mehr als 25% vorgelegen hat.

Die hier vertretene Differenzierung der Mitteilungspflichten nach §§20 I, 20 IV einerseits und §20 II andererseits im Rahmen des §20 VII wird auch dem Wortlaut des §20 VII in einer Weise gerecht, die zugleich eine Rechtfertigung für die Einbeziehung der nach §§20 I,

---

1) Nach Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.20 soll eine Zurechnung nach §20 II nur stattfinden, wenn das Unternehmen auch selber Anteile an der AG hat; diese unterschiedliche Behandlung von §20 II und §§20 I, 16 IV ist aber weder vom Wortlaut noch vom Sinn der Zurechnung geboten, vor allem trifft sie nicht die entscheidende Frage nach der unterschiedlichen Sanktionswürdigkeit der Verletzung der Mitteilungspflicht in den Fällen der §§20 I, 20 IV, 16 IV und im Fall des §20 II.

2) Vgl. oben S.42.

20 IV, 16 IV zugerechneten Aktien in den Rechtsverlust abgibt:Nur die nach §20 I und §20 IV entstandene Mitteilungspflicht zieht die Rechtsfolge des §20 VII nach sich; insoweit, aber auch nur insoweit, ergreift §20 VII alle die Aktien, in Bezug auf welche die Mitteilungspflicht bestand. Denkbar wäre dem gegenüber der Einwand, daß sich die Pflicht zur Mitteilung auch bei einer Zurechnung nach §20 II aus §20 I ergebe, §20 II also nur die Zurechnungsnorm enthalte und deshalb auch hier eine Mitteilungspflicht nach Absatz 1 bestehe. Wenn aber die Zurechnung nach §16 IV als Satz 2 von §20 I ausgestaltet ist, dagegen in dem selbständigen Absatz 2 andere Zurechnungstatbestände benannt sind, kann man diese Selbständigkeit in der Form eher für die hier vertretene Lesart reklamieren.[1] §20 VII nimmt nur auf §20 I und §20 IV Bezug, nicht auf §20 II und §20 III. Der Relativsatz, "..., die einem nach Absatz 1 oder 4 mitteilungspflichtigen Unternehmen gehören", enthält also eine Beschränkung der Fälle der Mitteilungspflicht, die vom Rechtsverlust bei unterlassener Mitteilung erfaßt werden. Er enthält nicht eine Beschränkung des Rechtsverlustes auf die Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens. Diese redaktionelle Korrektur hat die h.M. stillschweigend vorgenommen, indem sie - zutreffend - die nach §16 IV zugerechneten Aktien in den Rechtsverlust nach §20 VII mit einbezieht;[2] aus dem nach dem Zweck der Mitteilungspflicht zu bestimmenden Zweck des §20 VII muß diese korrigierte Lesart des §20 VII auch bei der nur auf Grund der Zurechnung nach §20 II entstandenen Mitteilungspflicht fortgeführt werden. Ein Bereicherungsanspruch besteht danach nicht, weil §20 VII im Fall des §20 II auch nicht die eigenen Aktien des mitteilungspflichtigen Unternehmens erfaßt.

---

1) Auch Würdinger in Großkommentar §20 Anm.3b) weist auf die Hervorhebung des Unterschieds durch das Gesetz hin.
2) Vgl. oben S.53 ff.

h) Die Befugnis zur Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs der AG

Der Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung der entgegen §20 VII bezogenen Dividende steht der AG zu. Die Rechtsgrundlosigkeit ihrer Leistung folgt aus §20 VII. Eine Leistung der AG i.S. der Terminologie des Bereicherungsrecht liegt darin, daß die AG ihre vermeintliche Schuld gegenüber dem mitteilungssäumigen Aktionär durch die Zahlung der Dividende erfüllen wollte.[1)] Eine andere Frage ist, ob der Bereicherungsanspruch nur von der AG geltend gemacht werden kann oder auch von denjenigen, die ein Interesse an dem Rückzahlungsanspruch haben. Wenn nur die AG als Anspruchsinhaber berechtigt ist, die Forderung durchzusetzen, besteht die Gefahr, daß der Großaktionär auf Grund seines Einflusses auf die AG eine Realisierung des Bereicherungsanspruchs verhindern kann. Es fragt sich daher, ob der Bereicherungsanspruch der AG auch von den einzelnen Aktionären geltend gemacht werden kann.
§309 IV gibt den Aktionären die Befugnis, den Ersatzanspruch der AG gegen das herrschende Unternehmen bzw. dessen Organe aus §309 im eigenen Namen geltend zu machen. (Ebenso: §§310 IV, 317 IV, 318 IV). §309 IV trägt dem Umstand Rechnung, daß ein Ersatzanspruch der AG ohne Wert ist, wenn durch den Einfluß des herrschenden Unternehmens auf die Organe der geschädigten AG die Realisierung des Anspruchs verhindert werden kann. Insoweit kann dieselbe Problematik bei einem Anspruch der AG aus §§812 BGB, §20 VII gegen das mitteilungspflichtige Unternehmen gegeben sein: Jedenfalls bei einer Verletzung der Mitteilungspflicht nach §20 IV, häufig aber schon bei einer Mitteilungspflicht nach §20 I kann das Unternehmen kraft seines Einflusses als Großaktionär beherrschenden Einfluß auf die

---

1) Wenn man §62 entgegen der hier vertretenen Ansicht für anwendbar hält, versteht sich die Anspruchsberechtigung der AG von selbst.

Organe der AG nehmen. Es ist aber zweifelhaft, ob sich die ratio des §309 IV auf die hier in Frage stehenden Ansprüche übertragen läßt. Bei den Ansprüchen aus §309 geht es nämlich um Schadensersatz.[1] Das Vermögen der AG ist beeinträchtigt und damit sind die Aktionäre mittelbar geschädigt. Anders beim Dividendenbezug entgegen §20 VII: Der aus dem Verstoß gegen §20 VII erwachsene Bereicherungsanspruch der AG hat nicht seine primäre Aufgabe darin, die Integrität des Vermögens der AG (und damit der Aktionäre) wiederherzustellen, sondern stellt die Gewährleistung des mit §20 VII beabsichtigten Nachteils zu Lasten des mitteilungssäumigen Unternehmens dar und kommt nur zwangsläufig - wie der Verlust nach §20 VII - der AG zugute. Oben[2] wurde dargelegt, daß der Dividendenverlust nach §20 VII zwar auch den Gläubigern der Gesellschaft zugute kommen kann, daß deren Interesse nicht aber den Grund für den Dividendenverlust nach §20 VII ausmacht und daher §62 nicht anwendbar ist. Hinsichtlich der Aktionäre gilt die gleiche Überlegung: Auch wenn die nach §20 VII für das mitteilungssäumige Unternehmen verlorene Dividende den übrigen Aktionären zugute kommt, ist diese Wirkung doch nicht der Grund für die Regelung; denn dieser liegt ausschließlich in der Erwartung, das mitteilungspflichtige Unternehmen werde durch die Gefahr des Rechtsverlustes zur Erfüllung seiner Mitteilungspflicht veranlaßt. Dementsprechend muß auch für die Rückforderung der entgegen §20 VII bezogenen Dividende bedacht werden, daß die Rückzahlung zwar den Aktionären zugute kommt, aber nicht zur Verbesserung ihrer oder der Rechtsstellung der AG begründet ist. Damit besteht ein wesentlicher Unterschied zu §309 IV: Mit Ansprüchen aus §309 soll das Vermögen der AG geschützt werden und dieses Anliegen würde nur unvollkommen erreicht, wenn die materielle Regelung nicht durch die formelle Besonderheit des §309 IV ergänzt würde.

---

1) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §309 Anm.8; Godin-Wilhelmi §309 Anm.1; Rasch S.155.
2) Vgl. S.5 ff.

Trotz dieses Unterschiedes zwischen dem Ersatzanspruch nach §309 und dem Bereicherungsanspruch wegen zu Unrecht bezogener Dividende könnte man erwägen, den einzelnen Aktionären ein Recht zur Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs der AG zu geben:
Wenn der Dividendenverlust nach §20 VII die Aufgabe hat, das mitteilungspflichtige Unternehmen zur Erfüllung der Mitteilungspflicht zu veranlassen, hat die Gewährung des Bereicherungsanspruchs für die AG dieselbe Aufgabe; denn durch die Gewährung des Anspruchs wird sichergestellt, daß das mitteilungssäumige Unternehmen der Sanktion des Dividendenverlustes nicht entgeht. Wenn nun die Gefahr der Beeinflussung der AG durch das mitteilungssäumige Unternehmen besteht, könnte man zur Sicherung der Wirksamkeit der Sanktion den Aktionären wie in §309 IV ein Recht zur Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs geben. Hier würde die Verbesserung der Rechtsstellung der Aktionäre also nicht erfolgen, um die Interessen der AG und der Aktionäre selbst zu sichern, sondern um sicher zu stellen, daß die AG ihre Aufgabe im Rahmen des §20 erfüllt. Es erscheint aber zweifelhaft, ob für eine solche Prozeßführungsbefugnis zugunsten der einzelnen Aktionäre in Anlehnung an §309 IV eine Rechtfertigung besteht. Zunächst ist zu bedenken, daß bei mitteilungspflichtigen Beteiligungen zwar häufig, aber nicht notwendig ein beherrschender Einfluß gegeben ist. Wichtiger noch ist das Bestehen einer rechtlichen Sicherung des Anspruchs: Der Anspruch aus §812 BGB auf Rückzahlung der entgegen §20 VII bezogenen Dividende muß m.E. als unverzichtbar angesehen werden. Zwar ist im Grundsatz ein Bereicherungsanspruch der AG übertragbar und verzichtbar, aber wenn man die Erfüllung der Mitteilungspflicht für zwingend und unverzichtbar hält,[1)] muß man ebenfalls den Verlust der Rechte nach §20 VII für unverzichtbar halten; denn der Verzicht auf die Sanktion des §20 VII wäre

---

1) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.7; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.45; Baumbach-Hueck §20 Anm.3.

gleichbedeutend mit einem Verzicht auf die Mitteilungspflicht. Wenn nun aber die AG nicht auf den Rechtsverlust des mitteilungssäumigen Unternehmens verzichten kann, kann sie auch nicht auf die ihr erwachsenen Ansprüche aus einem Verstoß des Unternehmens gegen die Anordnung des Rechtsverlusts verzichten. Nun ist mit der Unverzichtbarkeit nur der Bestand, nicht aber die Realisierung der Forderung der AG gegen das Unternehmen gesichert. Falls aber die Realisierung des Anspruchs unterbleibt, greift das System der Ersatzansprüche gegen die Organe der AG, §§93, 116, 117 II, 310, 318, gegen das herrschende Unternehmen und gegen dessen Organe ein, §§117 bzw. 309 und 317.
Für die Durchsetzung dieser Ersatzansprüche gelten aber besondere Sicherungen: Die §§309 IV, 310 IV, 317 IV, 318 IV enthalten die Befugnis zur Geltendmachung der Ansprüche der AG durch die Aktionäre und die Gläubiger. Wenn man die in diesen Vorschriften enthaltene Regelung entsprechend auf die Ansprüche aus den §§93, 116, 117 anwendet,[1] dürfte dies der richtige Weg zur Sicherung von Ersatzansprüchen aus "abhängigkeitsrelevantem Verhalten"[2] sein. Erst wenn im Einzelfall tatsächlich die Geltendmachung des Anspruchs aus den §§812 BGB, §20 VII unterblieben ist, nicht schon wenn lediglich eine qualifizierte Beteiligung besteht, die - nicht einmal in jedem Fall - beherrschenden Einfluß allenfalls ermöglicht, rechtfertigt sich die Erweiterung der Klagebefugnis auf die Aktionäre.

---

1) Vgl. Großfeld S.292 ff; Neuhaus DB 1971, 1193 ff (1196); Wälde DB 1972, 2289 ff (2291); Immenga BB 1973, 1036; Kropff in Geßler, Hefermehl ua. §117 Anm.37; Mertens in Kölner Kommentar §117 Anm. 39; dagegen Schilling in Großkommentar §93 Anm.41.
2) Neuhaus und Kropff a.a.O.

3. Abschnitt: Der Bezug von Dividende entgegen §20 VII als Verstoß gegen ein Schutzgesetz

a) §20 VII als Schutzgesetz zugunsten der übrigen Aktionäre und der Gläubiger

Der Bezug der Dividende entgegen §20 VII stellt nach Ansicht einiger Autoren[1] die Verletzung eines Schutzgesetzes i.S. des §823 II BGB[2] dar. Zur Begründung wird angeführt, die Sanktion sei in gleicher Weise zu qualifizieren wie die Mitteilungspflicht.[3]
Oben[4] wurde ausgeführt, daß §62 nicht einschlägig ist, weil §20 VII keine die Gläubiger schützende Vorschrift ist. Die gleiche Überlegung muß dazu führen, einen Anspruch aus §823 II BGB gegen den mitteilungssäumigen Aktionär zugunsten der übrigen Aktionäre zu verneinen. Die Aktionäre sind zwar wie die Gläubiger und die AG diejenigen, deretwegen das Gesetz die Beteiligungspublizität eingeführt hat; dieser Umstand reicht aber auch bei den Aktionären nicht aus, um (auch) hinsichtlich des Dividendenverlustes nach §20 VII ein Schutzgesetz für die Aktionäre anzunehmen: Man könnte zwar sagen, daß sie mittelbar geschützt werden, indem das mitteilungspflichtige Unternehmen mit einer Sanktion zur Erfüllung seiner Mitteilungspflicht angehalten wird. Wollte man daraus die Schutzgesetzqualität des §20 VII ableiten, würde aber die besondere Struktur des §20 VII nicht genügend beachtet und man würde nicht dem Erfordernis gerecht, daß die als Schutzgesetz in Frage stehende Norm in sachlicher Hinsicht den Schutz der Berechtigten vor dem Schaden bezwecken muß, der durch den

---

1) Schmidt ZfgesKW 1966, 1046,1047; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.43; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.63.
2) Allgemein zur Anwendbarkeit von §823 II BGB im Aktienrecht: Vgl. Rumpff S.40 ff.
3) Schmidt a.a.O.
4) Vgl. oben S.5 ff.

Verstoß gegen die Norm eintritt.[1] Wie den Gläubigern der AG so k a n n den Aktionären der Rechtsverlust des mitteilungssäumigen Unternehmens nach §20 VII zugute kommen, aber nur über die Veränderung der Rechtsstellung der AG; nur das Freiwerden der AG vom Dividendenanspruch des mitteilungssäumigen Unternehmens ist die notwendige Kehrseite von §20 VII. Wie die auf dieses Verhältnis (zwischen der AG und dem mitteilungssäumigen Unternehmen) beschränkte Rechtsfolgenanordnung des §20 VII sich auf die anderen Aktionäre auswirkt, ist von mancherlei Umständen abhängig, und diese Frage ist für den Gesetzgeber nicht von Interesse gewesen. Wollte man den Umstand, daß §20 VII möglicherweise den Aktionären zugute kommt, in Verbindung mit der Schutzrichtung von §§20 I und 20 IV für ausreichend halten, um in §20 VII ein Schutzgesetz zugunsten der Aktionäre zu sehen, müßte dies gleichermaßen für die Gläubiger gelten: Auch diese sind Adressaten der durch §20 I und §20 IV erstrebten Publizität, und auch ihnen kommt das Freiwerden der AG von der Verbindlichkeit nach §20 VII möglicherweise in Gestalt einer verbesserten Vermögenslage der AG zugute. Bei Gläubigern wie Aktionären entsteht aber aus §20 VII hinsichtlich der Dividende nur ein mittelbarer und möglicher Vorteil. Nur wenn dem Rechtsverlust des mitteilungssäumigen Unternehmens eine zwangsläufige Verbesserung der Rechtsstellung der Aktionäre nach dem Prinzip der Anwachsung entspräche,[2] könnte der Dividendenverlust nach §20 VII ein Schutzgesetz für die Aktionäre sein.

Die Ableitung der Schutzgesetzqualität des §20 VII aus der Schutzgesetzqualität der §§20 I, 20 IV vermag deshalb nicht zu überzeugen. Im übrigen ist schon zweifelhaft, ob die §§20 I, 20 IV wirklich Schutzgesetze i.S.

---

1) Vgl. Staudinger-Schäfer §823 Anm.521 ff; Soergel-Zeuner §823 Anm.336; Erman-Drees §823 Anm.131; BGH NJW 1968, 1279 ff (1280); OLG Karlsruhe NJW 1975, 221 ff (222).

2) S. dazu unten S.80 ff.

von §823 II BGB darstellen[1] und die Aktionäre einen Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Mitteilung gegen das mitteilungssäumige Unternehmen haben oder ob nicht die vom Aktiengesetz selbst getroffenen Rechtsfolgen - §§20 VII, 405 III Nr.5 - eine spezielle, d.h. abschließende Regelung der Folgen des Unterlassens der Mitteilung enthalten.[2]

Andererseits kann nicht gerade umgekehrt die Verneinung der Schutzgesetzqualität von §§20 I, 20 IV zur Schutzgesetzqualität von §20 VII führen: Zwar ist der Nachweis des Schadens infolge unterlassener Mitteilung für den einzelnen Aktionär und Gläubiger sehr schwierig; das Gesetz wollte aber nicht dieser Schwierigkeit dadurch Rechnung tragen, daß mit §20 VII den Aktionären und Gläubigern pauschaler Schadensersatz gewährt würde. Dies könnte man nur annehmen, wenn sich das Gesetz für den Verbleib des aus §20 VII für die AG entstehenden Vorteils interessiert hätte; es enthält jedoch keine Regelung, aus der man den Schluß rechtfertigen könnte, mit §20 VII sollten Gläubiger und Aktionäre Ersatz wegen unterlassener Mitteilung erhalten.

Gegen die Annahme, daß §20 VII, soweit der Rechtsnachteil bezüglich der Dividende in Frage steht, Schutzgesetz nach §823 II BGB für Gläubiger oder Aktionäre sei, kann schließlich die große Zahl der bei Bejahung des Schutzgesetzcharakters zugunsten der Gläubiger und Ak-

---

1) Für die Schutzgesetzqualität der Mitteilungspflichten nach §20: Schmidt ZfgesKW 1966, 1046,1047; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.43; Wiedemann: Minderheitenschutz S.61; wohl auch Würdinger in Großkommentar §20 Anm.11 u.Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.63 mit der Verweisung auf Schmidt a.a.O.; s. auch Begründung zum RegE bei Kropff S.40.

2) So Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.46; offenbar auch Tiling AG 1968, 95 ff (96); so möglicherweise mit der Charakterisierung der Mitteilungspflicht als "Obliegenheit" im Unterschied zur Rechtspflicht: Würdinger in Großkommentar §20 Anm.1; vgl. aber andererseits die Bezugnahme auf Schmidt a.a.O. bei Würdinger und Geßler a.a.O.; ob die Bezeichnung als Obliegenheit mit der Qualifizierung als Schutzgesetz zu vereinbaren ist, ist aber zweifelhaft; vgl. zum Begriff "Obliegenheit": Staudinger-Kaduk §254 Anm.27; Soergel-Reimer Schmidt §254 Anm.14.

tionäre Anspruchsberechtigten angeführt werden.[1] In gleicher Weise, wie §20 VII ausschließlich im Verhältnis der AG zum mitteilungssäumigen Unternehmen wirkt, ist danach die Korrektur des Verstoßes gegen §20 VII auf dieses Verhältnis zu beschränken. Für die Gläubiger bedeutet dies, daß weder §62 einschlägig ist, noch §823 II BGB, für die Aktionäre, daß §823 II BGB auch für sie keinen Anspruch gibt.

b) §20 VII als Schutzgesetz zugunsten der AG

Wenn allein die AG zwangsläufig den Vorteil aus §20 VII hinsichtlich der Dividende hat, ist damit die Mindestvoraussetzung für die Annahme eines Schutzgesetzes zugunsten der AG gegeben. Da die Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte dafür bietet, daß der Gesetzgeber den aus §20 VII für die AG entstehenden Vorteil beabsichtigt hat, kommt man nicht umhin zu fragen, ob die Zubilligung eines Anspruchs aus §823 II BGB i.V. mit §20 VII sachgemäß ist.[2] Diese Frage läßt sich jedenfalls dann nicht allein aus der Beschreibung der Wirkung der als Schutzgesetz in Frage stehenden Norm entscheiden, wenn keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Absicht beim Gesetzgeber (hier des §20 VII) festzustellen sind. Mit §823 II BGB wird der Ersatz des Schadens gewährt, der bei Beachtung des Schutzgesetzes verhindert wird. Es fragt sich, ob diese Funktion des §823 II BGB, Schadensersatz zu gewähren, nicht der Qualifikation des §20 VII als Schutzgesetz entgegensteht. Zwar hat die AG bei Beachtung des §20 VII den Vorteil des Freiwerdens von Dividendenansprüchen, und die Nichtbeachtung des §20 VII könnte insofern als Schaden zu beschreiben sein, als man die beiden Ver-

---

1) Knöpfle NJW 1967, 697 ff (700); Bay ObLG NJW 1972, 1085 ff (1087); a.M. Lerche S.839.
2) Vgl. zur Methode Knöpfle NJW 1967, 697 ff (700); Lorenz NJW 1972, 2281 ff (2285); Staudinger-Schäfer §823 Anm.518 ff; Bay ObLG NJW 1972, 1085 ff (1086).

mögenslagen - im Falle der Beachtung und bei Nichtbeachtung des §20 VII - vergleicht. Man könnte aber erwägen, daß der der AG aus §20 VII erwachsene Vorteil nur eine Begleiterscheinung des einzigen Zwecks von §20 VII hinsichtlich der Dividende ist, dem mitteilungssäumigen Unternehmen Nachteil zuzufügen und daß der Verlust eines vom Gesetz nicht beabsichtigten Vorteils kein solcher Schaden ist, der die Gewährung eines Anspruchs aus §823 II BGB rechtfertigt. Die Antwort auf diese Frage ist genauso zweifelhaft wie die Frage, ob es für die Schutzqualität ausreicht, wenn die Norm nur objektiv einem bestimmten Adressaten zugute kommt, ohne daß diese Wirkung in die Willensbildung des Gesetzgebers eingegangen ist. Man kann beide Fragen sogar als identisch ansehen, allerdings dürfte es methodisch richtiger sein, die Antwort nicht nur aus der als Schutzgesetz in Frage stehenden Norm, sondern auch aus §823 II BGB zu gewinnen.[1] Wenn das Gesetz in §20 VII den Dividendenverlust als Sanktion für das Unterlassen der Mitteilung angeordnet hat, anstatt das Unterlassen der Mitteilung als Ordnungswidrigkeit auszugestalten, so könnte man daraus folgern, daß der der AG aus §20 VII erwachsene Vorteil eben doch nicht völlig beiläufig ist und deshalb die Sicherung dieses Vorteils durch einen Anspruch der AG aus §823 II BGB sachgemäß ist. Dagegen muß man aus der Entstehungsgeschichte des §20 VII bedenken, daß zunächst im RegE nur das Verbot der Stimmrechtsausübung vorgesehen war und daß bei der Absicht, die Sanktion zu verstärken, die Erweiterung des Rechtsverlustes auf die übrigen Rechte aus den Aktien näherliegend war als die Ausgestaltung des Unterlassens der Mitteilung als Ordnungswidrigkeit. Aber auch wenn man nicht aus Gründen der Wahrung der Belange der AG einen Schadensersatzanspruch nach §823 II BGB bejahen will, könnte man zur Bejahung eines

---

1) Vgl. Knöpfle NJW 1967, 697 ff (700); Lorenz NJW 1972, 2281 ff (2285).

Anspruchs aus den §§ 823 II BGB, 20 VII aus einer anderen Überlegung kommen[1]: Um sicher zu stellen, daß der Nachteil des §20 VII für das mitteilungssäumige Unternehmen nicht durch Nichtbeachtung entfällt, könnte es erforderlich erscheinen, daß das mitteilungssäumige Unternehmen dem Schadensersatzanspruch aus §823 II BGB ausgesetzt ist. Hiergegen ist aber der Einwand zu machen, daß die Sicherung der Effektivität des §20 VII nur verlangt, daß die zu Unrecht bezogene Dividende zurückerstattet wird und dieses Ergebnis bereits durch den - unverzichtbaren - Anspruch aus §812 BGB erreicht wird. Schadensersatz bedeutet aber u.U. mehr als nur die Zurückzahlung der Dividende (Ersatz des entgangenen Gewinns, §252 BGB) und dieses Mehr rechtfertigt sich nur aus dem Zweck von Schadensersatz, die Integrität des Vermögens des Geschädigten zu gewährleisten[2] und nicht aus dem Zweck der Sicherung der Sanktion gegen den mitteilungssäumigen Aktionär. Nicht mit dem Sanktionszweck zu vereinbaren wäre auch die Anwendbarkeit von §254 BGB: Die Sicherung der Sanktion verlangt die Rückzahlung der Dividende auch dann, wenn die AG das Vorliegen von §20 VII hätte erkennen müssen. Denn wenn der Rechtsverlust nach §20 VII unabhängig von der Frage des Verschuldens eintritt,[3] ist es nur folgerichtig, auch den Verstoß gegen die Anordnung des Rechtsverlustes unabhängig vom Mitverschulden der AG zu korrigieren.
Wenn §823 II BGB den Rechtsschutz des Einzelnen durch Begründung von Schadensersatzansprüchen beim Verstoß gegen andere Normen erweitert, so muß wie bei §823 I BGB der Schutz des Verletzten der tragende Grund sein. Daher ist mit der herrschenden Meinung die Mindestforderung

---

1) Diese Ausführungen nähern sich im Ansatz dem "indirekten Institutionenschutz durch Gewährung von Individualansprüchen" - vgl. dazu Raiser: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht S.149,158 ff.
2) Vgl. zu dem Unterschied zwischen der Aufgabe des Schadensersatzanspruchs und des Bereicherungsanspruchs Esser: Schuldrecht bes.Teil, Bd.II S.392.
3) Vgl. oben S.59 Fußn.2.

zu stellen, daß nicht nur der Schutz der Allgemeinheit mit der in Frage stehenden Norm beabsichtigt sein darf und daß es nicht ausreicht, daß der Geschädigte von der Wirkung der Norm nur nach Art eines Reflexes den Nutzen hat.[1] Dieser Gedanke kann - abgewandelt - auch für §20 VII fruchtbar gemacht werden: Weil der der AG aus §20 VII entstehende Vorteil nicht mehr als die notwendige Kehrseite (der Reflex) des Nachteils für das mitteilungssäumige Unternehmen ist, ist die Anwendbarkeit des §823 II BGB nicht zu rechtfertigen, wenn die Dividende entgegen §20 VII bezogen wird.
Nach allgemeiner Ansicht ist §263 StGB Schutzgesetz i.S. von §823 II BGB.[2] Wenn das mitteilungssäumige Unternehmen in Kenntnis des Rechtsverlusts nach §20 VII Dividende bezieht, liegen die Voraussetzungen für den Betrugstatbestand vor.[3] Wenn die subjektiven Voraussetzungen für §263 StGB gegeben sind, besteht danach doch ein Anspruch aus §823 II BGB: zwar nicht aus §823 II BGB i.V. mit §20 VII, aber aus §823 II BGB i.V. mit §263 StGB. Dieses Ergebnis ist einigermaßen überraschend, wenn man sich am Schutzzweckgedanken bei §823 II BGB orientiert: Weil die AG nur einen Reflexvorteil aus §20 VII hat, wurde die Schutzgesetzqualität für §20 VII verneint; wenn aber nicht nur - wie für §823 II BGB im Grundsatz erforderlich und ausreichend[4] - fahrlässig, sondern vorsätzlich, d.h. in Kenntnis der wegen §20 VII fehlenden Berechtigung Dividende bezogen wird, erfüllt dieses Verhalten als Betrug zugleich den Tatbestand einer Schutzgesetzverletzung. Der Unterschied in den subjekti-

---

1) Staudinger-Schäfer §823 Anm.511; Soergel-Zeuner §823 Anm.334; Erman-Drees §823 Anm.130; BGHZ 12, 146 (148); 22, 293 (297).
2) Vgl. etwa Staudinger-Schäfer §823 Anm.526; Erman-Drees §823 Anm.132; Fikentscher S.647; BGHZ 57, 137 (142).
3) Tiling AG 1968, 95 ff (96).
4) Zur Verschuldensfrage vgl. Staudinger-Schäfer §823 Anm.537 ff; Soergel-Zeuner §823 Anm.839 ff; Erman-Drees §823 Anm.137.

ven Voraussetzungen kann dieses unterschiedliche Ergebnis nicht tragen: So wenig das Erfordernis des Verschuldens bei §823 II BGB eine andere Beurteilung des §20 VII in der Frage der Qualifikation als Schutzgesetz rechtfertigt, so wenig kann das Erfordernis des Vorsatzes bei §263 StGB Anlaß zu großzügiger Betrachtung der Schutzgesetzproblematik sein.

Die Qualifikation des §263 StGB als Schutzgesetz i.S. von §823 II BGB wird von der Überlegung getragen, daß das in §263 StGB enthaltene Verbot das Vermögen des Einzelnen nicht nur tatsächlich - durch die Strafandrohung - schützt, sondern ihn auch schützen soll. Dieser Feststellung wird insofern generelle Bedeutung beigemessen, als wohl eine Beziehung zwischen der zivilrechtlichen Norm (hier §20 VII) und §263 StGB hergestellt wird: Die zivilrechtliche Frage entscheidet über die Anwendbarkeit des §263 StGB. Die nach der Bejahung des Betrugstatbestands automatisch erfolgende Bejahung des §823 II BGB in Verbindung mit §263 StGB schneidet aber die Rückbesinnung auf die Funktion der vermögensrechtlichen Regelung (hier des §20 VII) ab.

Diese allgemein übliche Handhabung erscheint nicht unbedenklich. Als Alternative ist m.E. folgendes zu bedenken: Die erste Frage muß der Feststellung der vermögensrechtlichen Lage gelten; nach §20 VII entfällt der Dividendenanspruch. Die zweite Frage wäre diejenige nach der Sanktion des Verstoßes gegen §20 VII im Rahmen von §823 II BGB; die Frage, ob §20 VII danach als Schutzgesetz zu werten ist. Die dritte Frage betrifft die strafrechtliche Sanktion des Verstoßes gegen §20 VII; die Strafbarkeit des Dividendenbezugs entgegen §20 VII nach §263 StGB.

Anstatt nun aus der Strafbarkeit des Dividendenbezugs entgegen §20 VII den Verstoß gegen ein Schutzgesetz (§263 StGB) abzuleiten, könnte die Feststellung, daß §20 VII selbst keine Schutzgesetzqualität hat, zu der Einschränkung Anlaß geben, daß der Verstoß gegen

§263 StGB nur dann einen Anspruch aus §823 II BGB rechtfertigt, wenn diejenige Norm als Schutzgesetz anzuerkennen ist, nach der sich die auch für die Beurteilung des §263 StGB entscheidende vermögensrechtliche Frage richtet.
Daß §263 StGB das Vermögen des Einzelnen schützt, ist zwar nicht zu bezweifeln. Die Frage ist aber, ob über den Schutz des Strafrechts hinaus der Schutz des §823 II BGB zu rechtfertigen ist,[1] und dies kann nicht schon aus dem Bestehen des Schutzes durch die Strafandrohung gefolgert werden.
Wenn man die Schutzgesetzqualität von §263 StGB für alle Fälle bejaht, folgert man aus dem Bestehen des strafrechtlichen Schutzes die Notwendigkeit des zivilrechtlichen Schutzes, ohne die für §823 II BGB entscheidende Frage nach der Schutzgesetzqualität auf diejenige Norm zu beziehen, die über das Vorliegen des Betrugs entscheidet (hier §20 VII). Dies wäre vertretbar, wenn die entscheidende Frage nur an einer anderen Stelle geprüft würde: Wenn die Bejahung des Betragstatbestandes von der Qualifikation des §20 VII als Schutzgesetz abhinge. Für den Tatbestand des §263 StGB ist es aber ohne Bedeutung, welchen Zweck das Gesetz mit dem Verlust eines Rechtes verfolgt.
So würde über die Schutzgesetzqualität des §263 StGB der §20 VII doch wie ein Schutzgesetz behandelt.
M.E. gibt dieses Ergebnis Anlaß zur Überprüfung der generellen Schutzgesetzqualität des §263 StGB.

---

1) Zum Verhältnis zwischen strafrechtlichem und zivilrechtlichem Schutz vgl. Knöpfle NJW 1967, 697 ff (701,702); Deutsch JZ 1963, 385 ff (389) spricht von "Transformation" der Schutznorm ins Deliktsrecht durch §823 II BGB.

4. Abschnitt: Der Verbleib der nach §812 BGB an die AG zurückgezahlten Dividende

Ungeklärt ist die Frage, was mit dem nach §812 BGB i.V. mit §20 VII zurückgezahlten Betrag zu geschehen hat: Ist dieser Betrag an diejenigen Aktionäre als Dividende auszuzahlen, die für dasselbe Geschäftsjahr dividendenberechtigt waren, für das der Dividendenverlust nach §20 VII eingetreten war, oder muß über den Betrag ein neuer Gewinnverwendungsbeschluß der HV ergehen, oder soll dieser Betrag nur die Verbesserung des Geschäftsergebnisses der AG in dem Geschäftsjahr bewirken, in dem die Rückzahlung erfolgt?

a) Die Bedeutung des §20 VII für den Dividendenanspruch der übrigen Aktionäre

Da mit dem Rückzahlungsanspruch der AG aus §812 BGB der Verstoß des mitteilungssäumigen Unternehmens gegen §20 VII rückgängig gemacht werden soll, liegt es nahe, sich an der Lage zu orientieren, die ohne einen Verstoß gegen §20 VII eingetreten wäre.
Wenn der nach §20 VII eingetretene Dividendenverlust bis zum Zeitpunkt der über die Gewinnverwendung nach §174 beschließenden HV bekannt geworden ist, wird der Beschluß den Verlust der Dividendenberechtigung nach §20 VII berücksichtigen.[1] Das muß nicht bedeuten, daß der gesamte nach §20 VII entfallene Betrag auf die übrigen Aktionäre verteilt wird. §20 VII sagt nichts darüber aus, was mit der dem mitteilungssäumigen Unternehmen entzogenen Dividende zu geschehen hat; mit der Anordnung des Rechtsverlustes nach dieser Vorschrift soll nicht etwa den übrigen Aktionären eine höhere Dividende besorgt, sondern lediglich dem mitteilungssäumigen Unternehmen ein Nachteil in Gestalt des Dividendenverlustes zugefügt werden.

---

1) Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.83.

Wenn bei Kenntniserlangung der AG vom Rechtsverlust vor der ordentlichen HV eine höhere Dividende für die übrigen Aktionäre beschlossen wird, so beruht dieses Ergebnis nicht auf §20 VII, sondern auf dem HV-Beschluß, der der Lage nach §20 VII Rechnung trägt. Die Aktionäre haben nicht etwa einen Anspruch darauf, daß der für die Gewinnausschüttung vorgesehene Betrag, soweit er nach §20 VII nicht an das mitteilungssäumige Unternehmen ausgezahlt werden darf, ganz oder zum Teil zur Erhöhung der Dividende für die übrigen Aktionäre verwendet wird. Vielmehr ergeht mit dem Gewinnverwendungsbeschluß auch über diesen Teil des Bilanzgewinns eine Entscheidung der HV, die bei ihrer Dividendenpolitik nur die allgemein gültigen Prinzipien zu beachten hat (insbesondere §254). So ist es gut denkbar, daß die HV der nach §20 VII eingetretenen Lage dadurch Rechnung trägt, daß der fragliche Betrag zum Teil in die Rücklage gestellt (§58 III) und zum Teil für die Verbesserung der Dividendenausschüttung genutzt wird.
Von einer zwangsläufigen Weitergabe der entzogenen Dividende auf die übrigen Aktionäre kann also keine Rede sein. Für die Frage der Verwendung der zurückgezahlten Dividende kann eine Orientierung an diesem Fall daher kein Ergebnis bringen, weil die Befugnis der HV hinsichtlich des durch §20 VII freigewordenen Betrags nicht eingeschränkt ist.[1)]
Eine andere Fallgestaltung kann gleichfalls nicht als Entscheidungshilfe dienen: Wenn der Gewinnverwendungsbeschluß in Unkenntnis vom Rechtsverlust nach §20 VII ergangen ist, die Dividende aber an das vom Dividendenverlust betroffene Unternehmen nicht ausgezahlt worden ist, sei es, weil das Unternehmen sich entsprechend der Rechtslage nach §20 VII verhält, sei es, weil die AG vor der beabsichtigten Auszahlung Kenntnis von dem

---

1) Zur Unabhängigkeit der HV gegenüber dem Vorschlag der Verwaltung, gerade auch beim Eintritt zwischenzeitlicher Veränderungen vgl. Adler/Düring/Schmaltz §174 Anm.5.

Unterlassen der Mitteilung erhalten hat. Die Frage nach der Verwendung der nicht ausgezahlten Dividende in diesem Fall[1] ist genauso zweifelhaft wie die nach der Verwendung des zwar ausgezahlten, aber zurückerhaltenen Betrags.

Die Art der Verwendung der nach §§812 BGB, 20 VII zurückgezahlten (wie auch der nicht ausbezahlten) Dividende ist möglicherweise durch den Gewinnverwendungsbeschluß der HV festgelegt: Die HV hat einen bestimmten Betrag vom Bilanzgewinn für die Gewinnausschüttung bestimmt. Dieser Beschluß könnte den "Rahmen"[2] für die Verwendung der zurückgezahlten Dividende abgeben. Wenn ein Teil des für die Ausschüttung an die Aktionäre bestimmten Bilanzgewinns zurückgezahlt wird, kann man in Erwägung ziehen, ob der Gewinnverwendungsbeschluß die Art der Verwendung dieses Betrages in der Weise festgelegt hat, daß eine Ausschüttung an die Aktionäre grundsätzlich erfolgen muß und lediglich eine Umrechnung notwendig wird: Nicht das gesamte Aktienkapital war dividendenberechtigt und deshalb müßte eine Erhöhung der Dividende der übrigen Aktionäre erfolgen.[3]

Gegen diese Ansicht spricht, daß zwar ein bestimmter Betrag oder Teil vom Bilanzgewinn für die Dividendenausschüttung beschlossen worden ist, daß aber dieser Beschluß nicht unabhängig von der Frage ergangen ist, auf

---

1) Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.84 behandelt diesen Fall: Er will den Betrag als Ertrag der AG behandeln, der zur Verbesserung des Ergebnisses desjenigen Geschäftsjahres führt, in dem der Betrag der AG zur Verfügung steht, d.h. in dem Jahr, in dem sie Kenntnis vom Tatbestand des §20 VII erhält.

2) So Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.39; Geßler a.a.O. versteht diese Stelle so, als ob ein neuer Gewinnverwendungsbeschluß für notwendig gehalten würde; die Zweifel bei der Auslegung der Ansicht des Kölner Kommentars dürften sich daraus erklären, daß Geßler von der Notwendigkeit eines neuen HV-Beschlusses für den Fall der Weitergabe des zurückgezahlten Betrags an die Aktionäre ausgeht; dagegen dürfte der Kölner Kommentar eine Weitergabe der Dividende auf Grund des alten Beschlusses für richtig halten; zu unterscheiden sind also zwei Fragen: einmal die Frage, ob die Weitergabe der zurückgezahlten Dividende an die übrigen Aktionäre stattfinden kann oder muß, und zweitens die Frage nach der formellen Behandlung: ob ein neuer, besonderer HV-Beschluß ergehen muß; Unentschieden: Schäfer BB 1966, 1004 ff (1007).

welchen Betrag des Aktienkapitals die Dividende zu beziehen war. Der Gewinnverwendungsbeschluß ist von der Gewinnberechtigung auch des Großaktionärs ausgegangen, ohne den Rechtsverlust nach §20 VII zu berücksichtigen. Wollte man im Falle der Rückzahlung der entgegen §20 VII bezogenen Dividende einen Anspruch der übrigen Aktionäre auf Erhöhung ihrer Dividende bejahen, hieße dies, den Gewinnverwendungsbeschluß so auszulegen, daß ein bestimmter Teil des Bilanzgewinns in jedem Fall als Dividende zu zahlen ist, gleichgültig, wieviel damit auf den einzelnen Aktionär entfällt. Daß die HV bei Kenntnis des Verlustes der Dividendenberechtigung für z.B. 30% des Aktienkapitals denselben Schlüssel bei der Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinns gewählt hätte, statt z.B. einen Teil in die Rücklage einzustellen, kann man jedoch nicht unterstellen, da ein wesentlicher Faktor für die Willensbildung der HV die Frage nach der Verzinsung des Aktienkapitals ist.

Wenn Aktien verschiedener Gattung vorhanden sind, ist außerdem zu bedenken, daß die Verteilung des nach §20 VII freiwerdenden Betrags nicht nur in der Weise in Betracht kommt, daß der Betrag auf die Aktien aller vorhandenen Gattungen gleichmäßig umzurechnen ist, sondern auch in der Weise, daß nur die Aktien derjenigen Gattung mit dem nach §20 VII freigewordenen Betrag bedient werden, die nach dem Vorschlag der Verwaltung wegen unzureichenden Gewinns keine oder eine geringere Dividende erhalten sollte.

Einer automatischen Erhöhung des Dividendenanspruchs der übrigen Aktionäre auf Grund von §20 VII nach dem Prinzip der Anwachsung steht also entgegen, daß der Dividendenanspruch der Aktionäre der Befugnis der HV zur Entscheidung über die Gewinnverwendung nachgeordnet ist (§58 IV)[1] und daß diese Entscheidung nicht nur die Bestimmung der Relation zwischen Rücklagen und Ausschüttung enthält, sondern zugleich die für die

---

1) Brönner in Großkommentar §174 Anm.2; von Falkenhausen: Grenzen S.53.

Ausschüttung bestimmte Summe auf ein bestimmtes Aktienkapital bezieht.
Von dem Umstand, daß eine wesentliche Bezugsgröße des Gewinnverwendungsbeschlusses nicht vorgelegen hat, könnte man nun absehen und die Verbindlichkeit dieses Beschlusses aus folgender Erwägung befürworten: Wenn man eine Bindung an den Gewinnverwendungsbeschluß und daraus folgend einen Anspruch der übrigen Aktionäre auf Erhöhung ihrer Quote bejaht, kann man durch diese Rückbeziehung der zurückgezahlten Dividende erreichen, daß denjenigen Aktionären §20 VII zugute kommt, die für dasselbe Geschäftsjahr Dividende bezogen haben, für das das mitteilungssäumige Unternehmen die Dividende zurückzahlen muß. Dieses Ziel anzustreben, besteht jedoch aus §20 VII keine Veranlassung:
Auch wenn man sagen wollte, daß mit der durch §20 angestrebten Beteiligungspublizität (außer den Gläubigern und der AG selbst) die g e g e n w ä r t i g e n Aktionäre über die Mehrheitsverhältnisse in der AG unterrichtet werden sollen[1], läßt sich nicht die Notwendigkeit begründen, den aus §20 VII erwachsenen Vorteil auf eben diese Aktionäre zu verteilen; denn das einzige Anliegen des §20 VII ist es, dem mitteilungssäumigen Unternehmen einen Nachteil zuzufügen. Ob dieser Nachteil des Unternehmens als Vorteil der AG denjenigen Aktionären zugute kommt, die für dasselbe Geschäftsjahr dividendenberechtigt waren oder Aktionären, die erst später Anteile an der AG erworben haben, ist eine Frage, für die sich das Gesetz so wenig interessiert wie für die Frage der Art der Verwendung überhaupt. So wenig (in dem oben angeführten Fall der Kenntnis der AG vom Rechtsverlust vor dem Zeitpunkt der HV) die Aktionäre einen Anspruch darauf haben, daß in Höhe des Rechtsverlustes nach §20 VII eine Erhöhung der Gewinnausschüttung beschlossen wird, so wenig haben bestimmte Aktionäre einen Anspruch auf Teilnahme am Vorteil der AG aus §20 VII.

---

1) Diese Beschränkung auf die gegenwärtigen Aktionäre begegnet insofern Bedenken, als auch für künftige Aktionäre die Frage der Herrschaftsverhältnisse in der AG von Bedeutung ist; vgl. Kropff BB 1965, 1281 ff (1285).

Aus diesem Grund kann man auch nicht eine Maßgeblichkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses (mit der Folge der Erhöhung des Dividendenanspruchs für die übrigen Aktionäre) aus der Überlegung postulieren, daß es dem Interesse jener Aktionäre eher entspricht, Zweifel an ihrem hypothetischen Willen in Kauf zu nehmen, wenn sie auf diese Weise die Dividendenerhöhung erhalten, als sie wegen der Betonung der Freiheit der HV in der Beschlußfassung über die Gewinnverwendung leer ausgehen zu lassen, weil und soweit sie nicht mehr Aktionäre zum späteren Zeitpunkt der Rückzahlung der Dividende sind.

Ein weiteres Bedenken gegen einen Anspruch der Aktionäre auf Erhöhung ihrer Dividende "im Rahmen des Gewinnverwendungsbeschlusses" ergibt sich aus der Unsicherheit des Rückzahlungsanspruchs der AG: Soll der Anspruch der Aktionäre auf Erhöhung ihrer Dividende unabhängig von der Durchsetzung des Rückzahlungsanspruchs der AG sein oder von der Rückzahlung bedingt? Ein von der Rückzahlung unabhängiger Anspruch der Aktionäre könnte zur Zahlung von Dividende führen, die den für die Gewinnausschüttung bestimmten Betrag überschreitet.

b) Die Notwendigkeit erneuter Beschlußfassung durch die HV

Aus dem Ergebnis, daß einerseits der Gewinnverwendungsbeschluß nicht die Ausschüttung der zurückgezahlten Dividende auf die übrigen Aktionäre rechtfertigt oder verlangt, daß es sich aber andererseits um Bilanzgewinn eines früheren Geschäftsjahres handelt, könnte man die Forderung ableiten, daß über diesen Betrag ein neuer Beschluß der HV ergehen muß.[1] Denn das Recht der Aktionäre auf Gewinnausschüttung nach §58 ist zwar vom HV-Beschluß abhängig, diesem nachgeordnet, die Aktionäre haben aber einen Anspruch auf Beschlußfassung über die Verteilung des Bilanzgewinns[2].

---

1) Dies zieht Schäfer BB 1966, 1004 ff (1007) in Betracht; ablehnend Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.84.
2) Barz in Großkommentar §58 Anm.31; Lutter in Kölner Kommentar §58 Anm.48; Baumbach-Hueck §58 Anm.19; Jörg Gessler §58 Anm.3; Adler/Düring/Schmaltz §174 Anm.11.

Gegen die Notwendigkeit eines besonderen Beschlusses der HV über die Verwendung des nach §§812 BGB, 20 VII zurückgezahlten Dividendenbetrags würde nicht schon der Umstand sprechen, daß die HV sich nicht mehr aus denselben Aktionären zusammensetzt wie die HV, die den Gewinnverwendungsbeschluß ohne Berücksichtigung des Rechtsverlusts nach §20 VII erlassen hat. Hier kann es nämlich nicht um die Wahrung von Belangen bestimmter Aktionäre gehen, sondern um die Frage der Kompetenzverteilung zwischen den Organen der AG. Ein Teil des Bilanzgewinns eines früheren (nicht unbedingt des letzten) Geschäftsjahres ist zu Unrecht - §20 VII - ausgezahlt und wieder in das Vermögen der AG gelangt. Sollen die Aktionäre die Möglichkeit haben, diesen Betrag vom Risiko des laufenden Geschäftsjahres fernzuhalten, indem sie seine Ausschüttung als Dividende beschließen, auch wenn die AG Verluste erzielt hat, oder teilt dieser Betrag das Schicksal anderer Erträge und steht für eine Gewinnausschüttung nur dann zur Disposition der HV, wenn der Jahresabschluß keinen Verlust aufweist?
Die Lösung des Problems ergibt sich möglicherweise aus den Vorschriften über die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit von HV-Beschlüssen. Wenn der Gewinnverwendungsbeschluß wegen Nichtbeachtung des §20 VII nichtig ist, muß ein neuer HV-Beschluß die Verwendung des Bilanzgewinns bestimmen. Die Nichtbeachtung der aus §20 VII entstandenen Folge des Dividendenverlustes des mitteilungssäumigen Unternehmens macht der HV-Beschluß aber nicht nichtig: Dies schon aus dem Grunde, weil §20 VII nicht dem Schutz der Gläubiger oder dem öffentlichen Interesse (§241 Nr.3), sondern nur zum Nachteil des mitteilungssäumigen Unternehmens dient. Auch hier gilt, daß man der negativen Sanktionsnorm des §20 VII nicht dieselbe positive Schutzfunktion beimessen kann wie der Hauptnorm der §§20 I, 20 IV, die die Mitteilungspflicht begründen.[1)]

---

1) S. oben S.71 ff.

Zweifelhafter ist schon, ob der Gewinnverwendungsbeschluß nicht nach §243 I anfechtbar ist. Wenn der Beschluß nicht die Aktien des mitteilungssäumigen Unternehmens ausklammert, könnte man darin einen Verstoß gegen §20 VII sehen und damit eine Verletzung des Gesetzes i.S. von §243 I annehmen. (In Betracht kommt eine Teilanfechtbarkeit; nur insoweit, als die Ausschüttung von Gewinn an das wegen §20 VII nicht gewinnberechtigte Aktienkapital beschlossen wird, stellt sich die Frage eines Gesetzesverstoßes).
Eine solche Betrachtungsweise liegt nahe, wenn man sagt, daß der Dividendenanspruch des Aktionärs als konkretes Gläubigerrecht durch den Gewinnverwendungsbeschluß entsteht.[1] Anders ist es, wenn man sagt, daß der Gewinnverwendungsbeschluß nicht den Anspruch des Aktionärs begründet, sondern nur ein Element oder eine Voraussetzung für den Anspruch auf Dividende ist, der im übrigen aus dem Gesetz unmittelbar (§58 IV) abzuleiten ist: Dann kann man die Wirkungsweise des §20 VII als lex specialis zum §58 mit der Folge ansehen, daß nicht schon der Gewinnverwendungsbeschluß gegen §20 VII verstößt, da er nur die Verteilung des Gewinns der Art nach bestimmt und trotz Bezugnahme auf ein bestimmtes Aktienkapital nicht (wie etwa ein Vertragsschluß) den Anspruch der Aktionäre begründen will. Die allgemein begriffliche Zuordnung der Elemente des Dividendenanspruchs kann jedoch genauso wenig die Entscheidung über die Frage der Anfechtbarkeit geben, wie die Formulierung der Rechtsfolgen nach §20 VII: Wenn man sagt,[2] daß die Rechte im Falle von §20 VII der Substanz nach entstehen und nur ruhen, wird man der Ansicht folgen, daß die Mitteilung nachholbar sei; demzufolge stellt sich die Frage des Verstoßes des Gewinnverwendungsbeschlusses gegen §20 VII nicht. Diese Frage stellt sich nur, wenn

---

1) Vgl. die Formulierungen bei Barz in Großkommentar §58 Anm.28; Lutter in Kölner Kommentar §58 Anm.40,52; Godin-Wilhelmi §58 Anm.10; Baumbach-Hueck §58 Anm.20; Adler/Düring/Schmaltz §174 Anm.14; Mutze AG 1966, 212 ff (214).
2) Vgl. oben S.20 Fußn.2.

man den Dividendenverlust nach §20 VII spätestens zum Zeitpunkt der HV[1)] für endgültig hält. Aus der Endgültigkeit des Dividendenverlustes des mitteilungssäumigen Unternehmens kann aber nicht die Entscheidung der Frage nach den Folgen der Nichtberücksichtigung des Rechtsverlustes durch den HV-Beschluß abgeleitet werden. Denn wenn für die Frage der Anfechtbarkeit eines Gewinnverwendungsbeschlusses das Verhältnis von Gewinnverwendungsbeschluß und §20 VII bestimmt werden soll, kann dies nicht ohne Berücksichtigung des Ergebnisses der Anfechtbarkeit geschehen, und dieses muß auf seine Vereinbarkeit mit den Grundgedanken der Regeln über den Gewinnverwendungsbeschluß und dem Rechtsverlust nach §20 VII überprüft werden.

In zweierlei Hinsicht sind die Rechtsfolgen der Anfechtbarkeit von Gewinnverwendungsbeschlüssen hier von Interesse: Erstens bedeutet Anfechtbarkeit zugleich Anfechtungsbedürftigkeit in dem Sinne, daß nach Ablauf der Frist von einem Monat (§246) die Anfechtbarkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann; das Unternehmen, das trotz unterlassener Mitteilung Dividende bezogen hat, könnte also nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden. Damit wäre eine Einschränkung des §20 VII gegeben, die nicht zu rechtfertigen ist. Denn beim Bezug der Dividende entgegen §20 VII kann es nicht um die Korrektur von Mängeln des Gewinnverwendungsbeschlusses gehen, sondern nur darum, im Verhältnis von AG zum mitteilungssäumigen Unternehmen den Verstoß gegen den Rechtsverlust zu korrigieren. Zu korrigieren ist der Bezug der Dividende, nicht der Umstand, daß der Gewinnverwendungsbeschluß unzutreffend von der Dividendenberechtigung des gesamten Aktienkapitals ausgegangen ist. Deshalb muß der Rückzahlungsanspruch aus §§812 BGB, 20 VII unabhängig von der Frage der Anfechtung des Gewinnverwendungsbeschlusses bestehen.

---

1) Vgl. dazu oben S.35 ff.

Wenn danach die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit von Gewinnverwendungsbeschlüssen im Verhältnis von AG und mitteilungssäumigem Unternehmen nicht mit §20 VII zu vereinbaren ist, muß zweitens gefragt werden, ob jedenfalls für das Verhältnis der Organe der AG untereinander die Anfechtbarkeit von Gewinnverwendungsbeschlüssen, die ohne Beachtung des Dividendenverlustes aus §20 VII ergangen sind, als angemessene Rechtsfolge anzusehen ist. Wenn diese Frage zu bejahen ist, müßte man nämlich in Erwägung ziehen, die Notwendigkeit und die Wirkungen der Anfechtbarkeit auf dieses Innenverhältnis zu beschränken.[1)]

Wenn man den Akzent in der Betrachtung der Frage der Verwendung der zu Unrecht bezogenen und zurückgezahlten Dividende darauf legt, daß es sich um Bilanzgewinn (eines früheren Geschäftsjahres) handelt, ist der Problembereich der Zuständigkeitsverteilung zwischen Verwaltung und Aktionären angesprochen.

Die Entscheidung über die Verteilung des Bilanzgewinns ist Sache der HV (§§174, 58). Damit diese grundlegende Befugnis der HV nicht beeinträchtigt wird, enthält das Aktiengesetz eine Reihe von Vorschriften, mit deren Hilfe die Richtigkeit der Beurteilungsgrundlagen (Bewertungs- und Bilanzvorschriften, Gründe für die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit von Jahresabschlüssen) sichergestellt und den widerstreitenden Interessen der Aktionäre an Gewinnausschüttung und der Verwaltung an Rücklagenbildung Rechnung getragen werden soll (gesetzliche Rücklage, Befugnis zur Rücklagenbildung). Es ist nun zu erwägen, ob in die Befugnisse der HV eingegriffen wird, wenn nicht die HV über die zurückgezahlte Dividende zu beschließen hat, sondern dieser Betrag erneut in den allgemeinen Kreislauf des Vermögens der AG fließt. Die vom Gesetz behandelten Fälle der Beeinträchtigung der Befugnis der HV zur Beschlußfassung über die Gewinnverwendung treffen auf das vorliegende Problem nicht zu:

---

1) Vgl. zur Beschränkung der Wirkungen der Nichtigerklärung: Würdinger LB S.142, 143; Schilling in Großkommentar §248 Anm.5 ff; Godin-Wilhelmi §248 Anm.3; Baumbach-Hueck §248 Anm.4 ff.

Das Interesse des Gesetzes gilt zunächst dem vor der Beschlußfassung liegenden Zeitraum, der Aufstellung, Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses. Die Fehlerquelle der Nichtberücksichtigung des §20 VII liegt aber im letzten Verfahrensabschnitt, in der Beschlußfassung der HV. Zu erwägen ist nun, ob der Gewinnverwendungsbeschluß, der unter Nichtbeachtung von §20 VII ergeht, deshalb unter §243 zu subsumieren ist, weil aus der Gesamtheit der Vorschriften über die Entscheidungszuständigkeit hinsichtlich der Gewinnverwendung das Bestreben des Gesetzes zur Sicherung der Rechte der HV abzulesen ist. Dieses Bestreben gilt aber nicht um jeden Preis: Wenn die AG eine vermeintliche Schuld begleicht und damit der Gewinn dieses Geschäftsjahres vermindert wird, führt die Rückzahlung in einem späteren Geschäftsjahr nicht etwa zu einer Korrektur des Jahresabschlusses oder des Gewinnverwendungsbeschlusses des früheren Geschäftsjahres. Die Erfüllung eines vermeintlichen (§20 VII) Dividendenanspruchs hat nun die gleiche Wirkung der unfreiwilligen Bildung einer stillen Reserve. Soll sie aber aus dem Grund anders behandelt werden, weil der Betrag bereits als Bilanzgewinn ausgewiesen war und deshalb die Anwendung des Grundsatzes von der Zuständigkeit der HV zur Beschlußfassung über die Verteilung des Bilanzgewinns naheliegt?

Das Gesetz enthält auch für andere Fälle keine ausdrückliche Regelung, in denen der Gewinnverwendungsbeschluß unter Nichtbeachtung der fehlenden Dividendenberechtigung eines Teils des Aktienkapitals ergeht. Außer in §20 VII wird in §328 und in §71 VI ein Rechtsverlust aus bestimmten Aktien angeordnet; auch im Falle des Verzichts[1] eines (Groß-)Aktionärs muß der Gewinnverwendungsbeschluß einen Teil des Aktienkapitals von der Gewinnberechtigung ausnehmen. Wenn man auch im Falle des §71 VI an einen Konflikt zwischen Verwaltung und Aktionären denken könnte - es wäre dies ein ungewöhn-

---

1) Vgl. dazu Bezzenberger in: Das Wertpapier 1967, 291 ff.

licher Weg für die Bildung zusätzlicher Rücklagen durch die Nichtberücksichtigung der fehlenden Dividendenberechtigung im Gewinnverwendungsbeschluß -, so liegt dieser Gedanke im Falle des §20 VII nicht nahe. Wenn in der Folge des Gewinnverwendungsbeschlusses ohne Berücksichtigung von §20 VII ein Teil des zur Ausschüttung gelangten Betrages an die AG zurückfließt, besteht aus dem Gesichtspunkt der Verteilung der Rechte zwischen den Organen der AG kein hinreichender Grund, die Rückzahlung auch innerhalb der AG auf die Vergangenheit hin zu orientieren und eine besondere Behandlung für diesen Betrag in Gestalt einer (teilweisen) Anfechtbarkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses zu verlangen. Der Dividendenverlust aus §20 VII ist eine Sanktion, die auf das Verhältnis der AG zum mitteilungssäumigen Unternehmen beschränkt ist; deshalb liegt auch bei Nichtbeachtung des §20 VII im Falle der Rückabwicklung die Beschränkung der Folgen auf eben dieses Verhältnis nahe. Wenn in Folge des Ablaufs der Vorlegungsfrist oder der Verjährung des Dividendenanspruchs ein entsprechender Teil des für die Gewinnverteilung beschlossenen Bilanzgewinns für die AG verfügbar wird, besteht auch nicht die Notwendigkeit gesonderter Beschlußfassung über diesen Betrag.

Die Nichtbeachtung des §20 VII im Gewinnverwendungsbeschluß hat zu wenig Berührung mit dem Problem der Abgrenzung der Rechte der Organe der AG hinsichtlich der Entscheidung über Rücklagenbildung und Verwendung des Bilanzgewinns, sodaß aus diesem Grunde nicht die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit nach §243 mit der Notwendigkeit erneuter Beschlußfassung abgeleitet werden kann.

Der Sanktionszweck des Dividendenverlustes nach §20 VII verlangt aber möglicherweise aus einem anderen Grunde die Anfechtbarkeit von Gewinnverwendungsbeschlüssen, die nicht den Rechtsverlust nach §20 VII berücksichtigen: Wenn die nach §§812 BGB, 20 VII an die AG zurück-

gezahlte Dividende als Ertrag des laufenden Geschäftsjahres behandelt wird, kommt auch dem mitteilungssäumigen Aktionär mittelbar (über das Vermögen der AG) die eigene Leistung zugute. Darin kann man eine Einschränkung der Sanktionswirkung sehen; ob sie zu verhindern ist, ist aber zweifelhaft.

Durch die Annahme der Anfechtbarkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses mit der Notwendigkeit neuer Beschlußfassung dürfte dies nicht zu erreichen sein; denn wenn schon die für die Anfechtungsklage rechtzeitige Kenntnis selten genug sein dürfte, so wäre eine Anfechtung insofern von zweifelhaftem Wert, als das mitteilungssäumige Unternehmen (als Großaktionär) nicht gehindert wäre, in einem neuen Beschluß für eine Verwendung des nach §20 VII frei gewordenen Betrags zu stimmen, die über die AG wiederum auch dem mitteilungssäumigen Unternehmen zugute kommt. Dies nämlich könnte nur verhindert werden, wenn man abweichend von dem Grundsatz, daß auch diejenigen Aktionäre am Gewinnverwendungsbeschluß teilnehmen können, die für das Geschäftsjahr nicht dividendenberechtigt sind,[1] aus §20 VII ein Stimmrechtsverbot ableiten wollte, das, über das Gesetz hinausgehend, auch dann bestünde, wenn zwar die Mitteilung noch vor der HV erfolgt ist, wenn aber der Dividendenverlust bereits eingetreten ist und soweit die Verwendung des Bilanzgewinns in Frage steht.[2] Aber selbst wenn man eine so weitgehende Ergänzung des §20 VII für gerechtfertigt halten würde, wäre keine Gewähr gegeben für einen Gewinnverwendungsbeschluß, der die Sanktionswirkung des §20 VII uneingeschränkt zur Geltung brächte; dies könnte nur durch eine noch weitergehende Ableitung aus §20 VII erreicht werden, indem inhaltlich in die Entschließungsfreiheit der HV in der Weise eingegriffen würde, daß man die HV zur Verteilung des an sich auf das mitteilungssäumige Unternehmen entfalle-

---

1) Adler/Düring/Schmaltz §174 Anm.10.
2) Vgl. den Vorschlag von Bezzenberger in: Das Wertpapier 1967, 291 ff (292), der aus dem Dividendenverzicht eine Verpflichtung zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten ableitet.

nen Gewinns auf die übrigen Aktionäre verpflichten wollte. Derart weitgehende Folgerungen aus §20 VII würden aber m.E. die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreiten, wenngleich man vermuten kann, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht hat, daß er mit der Wahl des Rechtsverlustes die Sanktion teilweise relativieren könnte.
Diese Relativierung wäre nicht eingetreten, wenn die Verletzung der Mitteilungspflicht als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bewehrt worden wäre.
Ein Gewinnverwendungsbeschluß, der den Dividendenverlust nach §20 VII nicht berücksichtigt, ist danach nicht anfechtbar. Weder der Zweck des §20 VII noch die Grundgedanken zur Kompetenzverteilung zwischen den Organen der AG rechtfertigen die Notwendigkeit erneuter Beschlußfassung als Folge der Anfechtbarkeit. Die zurückgezahlte Dividende führt somit lediglich zu einer Verbesserung der Vermögenslage der AG.

c) Die steuerrechtlichen Folgen

Die Betrachtungsweise, die die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen den Dividendenverlust aus §20 VII auf das Rechtsverhältnis der AG zu dem mitteilungssäumigen Unternehmen beschränkt, ist auch von Interesse für die steuerliche Behandlung des entgegen §20 VII ausgezahlten Gewinns.
Schäfer[1] meint, die Nichtberücksichtigung von §20 VII (bei der von Schäfer abgelehnten Auslegung der Endgültigkeit des Dividendenverlustes) führe dazu, daß der Gewinnverwendungsbeschluß gegen das Gesetz verstoße; daraus folge, daß keine berücksichtigungsfähige Ausschüttung i.S. von §19 III KStG[2] gegeben sei. Biedenkopf/Koppensteiner[3] sind insoweit derselben Ansicht, meinen aber, das Ergebnis der Steuernachzahlungspflicht für die AG dadurch vermeiden zu können, daß der auf das

---

1) Schäfer BB 1966, 1004 ff (1007).
2) KStG in der Fassung vom 13.10.1969 - BGBL I S.1869.
3) Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.34.

mitteilungssäumige Unternehmen entfallene Betrag an die übrigen Aktionäre ausgeschüttet wird.

Ob aber tatsächlich keine berücksichtigungsfähige Ausschüttung vorliegt, erscheint zweifelhaft: Das Problem kann man nicht durch die Qualifizierung des §20 VII als gesetzliches Verbot i.S. des §134 BGB lösen.[1] Zunächst ist es zweifelhaft, ob dem §20 VII nicht hinsichtlich des Dividendenanspruchs die Wirkung eines Rechtsverlustes statt der Wirkung eines Rechtsausübungsverbotes i.S. eines Handlungsverbotes beizumessen ist.[2] Entscheidend ist, daß von dieser allgemeinen Einordnung keine Rechtsfolgen abgeleitet werden können, insbesondere nicht die Lösung des Problems abhängen kann, ob i.S. von §19 III KStG eine berücksichtigungsfähige Ausschüttung vorliegt. Zu allgemein ist die Einordnung in dem Sinne, daß eine einheitliche Antwort für alle Rechte aus den Aktien gegeben wird und in dem Sinne, daß aus der Qualifikation des §20 VII noch nicht eine dem Zweck der einzelnen in Frage stehenden Regelungen entsprechende Problemlösung abgeleitet werden kann.[3]

Ob der Gewinnverwendungsbeschluß gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften verstößt, hängt auch hier einerseits von der Bewertung des Verhältnisses zwischen dem Gewinnverwendungsbeschluß, den gesetzlichen Vorschriften über den Gewinnanspruch der Aktionäre und §20 VII ab; andererseits muß die Frage nach dem Zweck des §19 III KStG beantwortet werden.[4]

Mit der Einführung des ermäßigten Steuertarifs für Gewinnausschüttungen sollte der Kapitalmarkt gefördert werden und für die betroffenen Körperschaften sollte die Steuerlast gesenkt werden. Die Einschränkung des

---

1) Für eine solche Qualifizierung des §20 VII als Verbotsgesetz Schmidt ZfgesKW 1966, 1046.
2) Vgl. oben S.25.
3) So auch Lerche S.837.
4) Vgl. zum Folgenden ausführlich: FinG Hamburg Urteil vom 4.2.1959 - II 86/58 - in BuB, Stichwort "Gewinnausschüttung"; ferner Steinberg GmbH-Rundschau 1963, 112 ff; Keuk DB 1970, 1755 ff; Blümich-Klein-Steinbring-Stutz §19 Anm.16 ff; Herrmann-Heuer §19 Anm.21; Bühler-Paulick §19 Anm.3,5.

Gesetzes, daß der Gewinnverwendungsbeschluß den gesetzlichen Vorschriften entsprechen muß, soll einerseits verdeckte Gewinnausschüttungen verhindern, andererseits verhindern, daß solche Ausschüttungen steuerlich anerkannt werden, die gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften verstoßen. Nicht jeder Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften kann aber für §19 III KStG relevant sein; die Frage muß daher lauten, ob ein Verstoß gegen §20 VII der Berücksichtigungsfähigkeit der Ausschüttung entgegensteht.

Wollte man die Dividendenzahlung, die unter Verstoß gegen §20 VII erfolgt als i.S. von §19 III KStG gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften verstoßend behandeln, würde die AG mit dem Nachteil des vollen Körperschaftssteuersatzes belegt, obgleich ihr einerseits nach der tatsächlich erfolgten Ausschüttung der Gewinn nicht mehr zur Verfügung steht, andererseits der Grund für den Verstoß gegen §20 VII nicht bei der AG liegt, sondern beim mitteilungssäumigen Aktionär. Dies könnte man mit dem Bemerken hinnehmen, daß §19 III KStG nicht auf die Frage des Verschuldens am Verstoß gegen die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften abstellt.

Die erhöhte Steuerpflicht könnte man auch aus der Erwägung für vertretbar halten, daß die Differenz zwischen dem ermäßigten und dem vollen Steuersatz nur einen Teil des Vorteils verbrauche, den die AG aus der Rückzahlung der Dividende nach den §§812 BGB, 20 VII erlangt. Die AG wäre aber mit dem Risiko der Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs belastet: Den vollen Steuersatz müßte sie auch dann zahlen, wenn die Forderung aus den §§812 BGB, 20 VII nicht zu realisieren wäre.

Dieses Bedenken legt es auch für die steuerrechtliche Betrachtung nahe, die Folgen des Verstoßes gegen §20 VII nur im Verhältnis von AG zum mitteilungssäumigen Unternehmen auf die Vergangenheit hin auszugestalten, im übrigen aber keine Korrektur des abgeschlossenen Sachverhalts zu erstreben, sondern die Rückzahlung nach den §§812 BGB, 20 VII als Ertrag des laufenden Geschäfts-

jahres anzusehen; so wenig es gerechtfertigt ist, im Innenverhältnis der Organe der AG eine Korrektur der Willensbildung über den zu Unrecht ausgezahlten Betrag zu fordern, so wenig rechtfertigt sich die vergangenheitsbezogene und vergangenheitskorrigierende Betrachtung im Steuerrecht. Wollte man den vollen Körperschaftssteuersatz für die nach §20 VII zu Unrecht ausgeschüttete Dividende verlangen, würde die AG als der falsche Adressat getroffen: §20 VII will nur dem mitteilungssäumigen Unternehmen einen Nachteil zufügen;[1] dieses ist der primäre Adressat des Dividendenverlustes aus §20 VII, auch wenn die AG verpflichtet ist, dieser Rechtslage Rechnung zu tragen, falls sie Kenntnis davon erhält. Die Behandlung des Falls der Zahlung der Dividende an den Zessionar[2] weist in die gleiche Richtung: Die Dividende bleibt beim Zessionar und der Ersatzanspruch der AG aus §816 BGB führt zu einer verbesserten Ertragslage der AG; es findet nicht nur keine Korrektur des Gewinnverwendungsbeschlusses statt, sondern der Anspruch auf Rückzahlung der Dividende verwandelt sich in einen Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten. Nicht die Gewinnausschüttung überhaupt, sondern nur die an das mitteilungssäumige Unternehmen will §20 VII verhindern, und zwar aus Gründen, die so wenig Berührung zu spezifisch gesellschaftsrechtlichen Vorschriften haben, daß oben[3] die Anwendbarkeit von §62 abgelehnt wurde. Aus alledem erhellt, daß §20 VII keine Veränderung der korporationsrechtlichen Grundsätze der Gewinnausschüttung bewirken will, sondern nur einen Vermögensnachteil für das mitteilungssäumige Unternehmen bezweckt. Demzufolge muß auch ein Verstoß gegen §20 VII auf diesen Gesichtspunkt beschränkt werden. Auch hier liegt der Vergleich mit der Zahlung einer nichtbestehenden Schuld durch die AG nahe: Wenn eine gewöhnliche, vermeintliche Schuld durch die AG nahe: Wenn eine gewöhn-

---

1) Auf den Strafcharakter von §19 III KStG weist Klunzinger JA 1973, 719 ff (722) hin; a.M. Steinberg GmbH-Rundschau 1963, 112 ff (115).
2) Vgl. oben S.42 ff.
3) Vgl. oben S.5 ff.

liche, vermeintliche Schuld seitens der AG beglichen wird, vermindert sich der steuerpflichtige Gewinn in diesem Geschäftsjahr. Wenn sich das Nichtbestehen der Schuld in einem späteren Geschäftsjahr herausstellt, wird auch keine Korrektur der früheren Veranlagung vorgenommen, sondern die Rückzahlung im laufenden Geschäftsjahr berücksichtigt. In gleicher Weise ist es sachgemäß, wenn der Fiskus an der nach §20 VII zu Unrecht gezahlten Dividende nur dann teilnimmt, wenn sie tatsächlich zurückgezahlt wird, d.h. in dem Geschäftsjahr, in dem die Rückzahlung erfolgt. Dagegen spricht nicht, daß dann der entgegen §20 VII ausgezahlte Gewinn möglicherweise zweimal versteuert wird: zunächst mit dem ermäßigten Steuersatz nach §19 III KStG und ein zweites Mal in dem Jahr der Rückzahlung; diese Möglichkeit besteht zwar in der Tat, ist aber die Kehrseite der anderen Möglichkeit, daß es bei der einmaligen Besteuerung (mit dem ermäßigten Steuersatz) bleibt; wenn nämlich in dem Geschäftsjahr der Rückzahlung mit Verlust gearbeitet wird, der die Rückzahlung übersteigt, findet mangels Gewinn keine Versteuerung statt. Der Fiskus nimmt also hinsichtlich des zurückgezahlten Betrags wie bei Rückzahlungen anderer Art am Risiko des Geschäftsablauf der AG teil. Schließlich würde der Fiskus bei einer vergangenheitsbezogenen Betrachtungsweise, die zu einer Steuernachzahlung in Höhe der Differenz zum nicht ermäßigten Steuersatz gelangte, einen Vorteil erlangen, der nicht zu rechtfertigen ist: Wenn der Dividendenverlust nach §20 VII vor dem seinerzeitigen Gewinnverwendungsbeschluß bekannt geworden wäre, wäre eine mögliche Konsequenz die Erhöhung der Dividende für die übrigen Aktionäre gewesen; wenn oben[1)] dargelegt wurde, daß keine nachträgliche Unterstellung des Willens der HV stattfinden dürfe, muß dies auch hier gelten, und es darf nicht unterstellt werden, daß der Gewinnanteil des mitteilungssäumigen Unternehmens nicht ausgeschüttet worden wäre. Durch eine solche Unterstellung

---

1) Vgl. oben S.49.

würde der Fiskus zu Lasten der AG einen Vorteil aus dem Verstoß gegen §20 VII erhalten, den man aus §20 VII nicht rechtfertigen kann; denn §20 VII soll sich allenfalls zugunsten der AG auswirken, und Belange des Fiskus werden bei einem Verstoß gegen §20 VII nicht entfernt berührt. Wie bei der Frage der Anfechtbarkeit des die Rechtslage nach §20 VII nicht berücksichtigenden Gewinnverwendungsbeschlusses muß man auch für §19 III KStG einen Verstoß des Gewinnverwendungsbeschlusses gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften verneinen und beim Bezug der Dividende entgegen §20 VII eine berücksichtigungsfähige Ausschüttung i.S. von §19 III KStG annehmen.

Zweites Kapitel

Die Ausübung des Bezugsrechts entgegen §20 VII im Falle der Kapitalerhöhung gegen Einlagen

Von §20 VII wird auch das Bezugsrecht des mitteilungssäumigen Unternehmens erfaßt. Entgegen der Regel des §186 I hat das mitteilungssäumige Unternehmen keinen Anspruch auf Zuteilung junger Aktien bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen.[1)]

Die Ausübung des Bezugsrechts entgegen §20 VII bedeutet zunächst, daß bei Vorliegen einer nach §20 I oder §20 IV mitteilungspflichtigen Beteiligung die Mitteilung nicht gemacht und gleichwohl die AG gegenüber das Verlangen auf Zuteilung junger Aktien erklärt wird. Diese Erklärung der Ausübung des Bezugsrechts allein äußert für sich genommen noch keine für diese Untersuchung interessanten Rechtsfolgen: Wenn der AG das Vorliegen der mitteilungspflichtigen Beteiligung bekannt sein sollte, wird sie entsprechend der Rechtslage nach §20 VII die Zuteilung junger Aktien an das Unternehmen verweigern.[2)]

Von Interesse ist aber die Fallgestaltung, daß die AG dem mitteilungssäumigen Unternehmen junger Aktien auf sein vermeintliches Bezugsrecht hin zugeteilt hat. Hier ist zunächst nach den Folgen des Verstoßes gegen §20 VII für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung zu fragen und zweitens zu untersuchen, wie sich der Verstoß gegen §20 VII im Verhältnis der AG zum mitteilungssäumigen Unternehmen auswirkt.

---

1) Allgemeine Ansicht: Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.81; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.31,33; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.12; ders. LB S.251; Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; ders. §186 Anm.2; Baumbach-Hueck §20 Anm.17; Möhring-Tank Rz 731; Jörg Gessler §§20-22 Anm.6; Emmerich-Sonnenschein S.47; Schäfer BB 1966, 1006; Schmidt ZfgesKW 1966, 1046 ff (1047).

2) Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.81.

1. Abschnitt: Die Bedeutung von §20 VII für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung

Als erstes fragt sich, ob der Beschluß der HV nach §182, das Grundkapital der AG um einen bestimmten Betrag zu erhöhen, nach §241 nichtig oder nach §243 anfechtbar ist. Das Problem der Kollision des Kapitalerhöhungsbeschlusses mit §20 VII stellt sich nur, wenn man die Ansicht vertritt, daß das Bezugsrecht des nach §20 I oder §20 IV mitteilungspflichtigen Großaktionärs erlischt, falls bis zum Zeitpunkt der HV, die über die Kapitalerhöhung beschließt, die Mitteilung nicht erfolgt ist.[1] Anders ist es, wenn man die Erstattung der Mitteilung vor Ablauf der Bezugsfrist für die Erhaltung des Bezugsrechts für ausreichend hält;[2] dann liegt zum Zeitpunkt des HV-Beschlusses noch keine Verminderung des bezugsberechtigten Aktienkapitals vor; oder wenn man allgemein sagt, daß bei §20 VII die Rechte "der Substanz nach entstehen" und nur die Befugnis zur Ausübung "ruht".[3]

Beim Bezugsrecht kann man einerseits nicht wie beim Dividendenrecht an den Zeitraum anknüpfen, für den das Recht gewährt wird. Andererseits hat der Verlust des Bezugsrechts nach §20 VII mit dem Verlust des Dividendenanspruchs nach §20 VII gemeinsam, daß es sich um den Verlust eines Vermögensrechts handelt; das bedeutet, daß auch beim Bezugsrecht nicht die Ausübungshandlung hinsichtlich des Bezugsrechts verhindert werden soll, so daß keine Notwendigkeit besteht, den Ablauf der Bezugsfrist für den maßgeblichen Zeitpunkt für die Mitteilung zu halten.

Für die Ansicht, den HV-Beschluß über die Kapitalerhöhung für maßgeblich zu halten, spricht, daß die

---

1) Nach Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.81 soll die HV das mitteilungssäumige Unternehmen vom Bezugsrecht ausschließen können; der Rechtsverlust nach §20 VII würde danach von der zufälligen Kenntniserlangung abhängen und - jedenfalls zu diesem Zeitpunkt - nicht kraft Gesetzes eintreten; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.33 halten den Zeitpunkt der Eintreibung der Kapitalerhöhung für maßgeblich.

2) Schäfer BB 1966, 1004 ff (1006); Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Möhring-Tank Rz 731; Obermüller-Werner-Winden: Erläuterungen S.235.

3) Vgl.die Formulierungen bei den oben S.20 Fußn.2 Genannten.

Fälle erfaßt werden, in denen die mitteilungspflichtige Beteiligung nach Ablauf des letzten Geschäftsjahres erworben wurde und deshalb nicht der Dividendensanktion unterliegen.[1] Andererseits spricht gegen den Ablauf der Bezugsfrist als maßgeblichen Zeitpunkt, daß damit ohne eine ins Gewicht fallende Vergrößerung des von der Sanktion erfaßten Zeitraums[2] der vergleichsweise wichtigere Zeitpunkt des HV-Beschlusses nur durch den Verlust des Stimmrechts sanktionsbewehrt wäre. Auch wenn zu betonen ist, daß der Verlust der Vermögensrechte nicht die Aufgabe hat, das Unterlassen der Mitteilung gerade zum Zeitpunkt der HV zu verhindern - das Interesse an der Beteiligungspublizität besteht nicht nur mit Blick auf die mögliche Einflußnahme in der HV -, dürfte der Zeitpunkt der HV hinsichtlich des Bezugsrechtsverlustes bei §20 VII der bessere sein: Wenn das mitteilungssäumige Unternehmen den Verlust des Stimmrechts für nicht so schwerwiegend hält, daß dieser Nachteil hinreichende Motivation für die Erfüllung der Mitteilungspflicht ist, dürfte der Verlust des Bezugsrechts - je nach dem Wert desselben - schon größere Bedeutung haben; mit Blick auf den endgültigen Verlust des Bezugsrechts dürfte auch der Anreiz gering sein, das Stimmrecht entgegen §20 VII in der Erwartung auszuüben, daß der Verstoß gegen das Verbot der Stimmrechtsausübung ohne großes Risiko ist. Die Verstärkung des Drucks auf das mitteilungssäumige Unternehmen zur Erfüllung der Mitteilungspflicht gerade bis zum Zeitpunkt der HV dürfte für den Zweck der Mitteilungspflicht und der Sanktion wichtiger sein als die Erfassung eines unwesentlich größeren Zeitraums: Wenn man den Ablauf der Bezugsfrist für maßgeblich hält, unterliegt zwar auch diejenige mitteilungspflichtige Beteiligung dem Verlust des Bezugsrechts, die erst nach dem HV-Beschluß erworben

---

1) S. oben S.35 ff.

2) Anders allerdings beim genehmigten Kapital; hier kann die Dauer der Kapitalerhöhung bis zu 5 Jahren betragen, §202; hier würde jedoch mit dem Abstellen auf den Ablauf der Bezugsfrist zwar ein u.U. erheblich größerer Zeitraum erfaßt, aber mit dem Eintritt der Sanktion erst nach langer Zeit würde dem Gebot der "unverzüglichen" Mitteilung (§20 I, §20 IV) nicht genügend Rechnung getragen.

wurde, aber dieser Umstand ist m.E. nicht so wesentlich wie die Erreichung der Beteiligungspublizität gerade vor der HV, die die Kapitalerhöhung beschließt; denn bei der Kapitalerhöhung stehen wesentliche Belange der Aktionäre auf dem Spiel,und das sonst vielleicht nur allgemein gehaltene Interesse an der Offenlegung der Herrschaftsverhältnisse in der AG kann hier sehr viel konkreter und wichtiger sein.
Auch diese Ansicht führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des HV-Beschlusses nach §241:
Der Kapitalerhöhungsbeschluß, der die Folgen aus §20 VII nicht mitberücksichtigt, ist mit dem Wesen der AG zu vereinbaren (§241 Nr.3). Die Sicherung des Grundkapitals - als wesentlicher Grundgedanke des Aktienrechts[1] - ist nicht gefährdet; denn §20 VII betrifft nur die Frage, wer an der Kapitalerhöhung teilnimmt. Mit dieser Frage befaßt sich aber der Kapitalerhöhungsbeschluß nicht notwendig (s. §182): Das bezugsberechtigte Aktienkapital ist zwar ein wesentlicher Faktor für die Berechnung des Bezugsverhältnisses und kann als solcher auch schon im HV-Beschluß angesprochen werden, es handelt sich aber nicht um einen wesentlichen Gegenstand der Beschlußfassung, da sich diese Frage aus dem Gesetz ergibt, wenn das Bezugsrecht nicht - teilweise - ausgeschlossen wird. Dementsprechend kann sich die HV insoweit auf die Festlegung des Betrages beschränken, um den das Grundkapital erhöht werden soll, ohne zugleich das Bezugsverhältnis zu benennen.[2]
§20 VII ist weiterhin auch hinsichtlich des Bezugsrechts keine Vorschrift, die überwiegend zum Gläubigerschutz oder im öffentlichen Interesse gegeben ist (§241 Nr.3); denn der Zweck des Bezugsrechtsverlustes nach §20 VII ist es, das Unternehmen zur Erfüllung seiner Mittei-

---

1) S. Schilling in Großkommentar §241 Anm.18; Godin-Wilhelmi §241 Anm.8; Baumbach-Hueck §241 Anm.7.
2) Zu den notwendigen Bestandteilen des HV-Beschlusses über die Kapitalerhöhung vgl. Wiedemann in Großkommentar §182 Anm.7 ff; Lutter in Kölner Kommentar §182 Anm.11 ff; Baumbach-Hueck §182 Anm.3.

lungspflicht zu veranlassen. Wie die Gefahr des Dividendenverlustes, so soll die Gefahr des Bezugsrechtsverlustes auf die Willensbildung des mitteilungspflichtigen Unternehmens Einfluß nehmen. Auch hier werden die Gläubiger nur unter anderen und nur mittelbar geschützt: insofern die angestrebte Publizität der Beteiligungen auch ihrem Informationsinteresse dient. Die Gläubiger werden von der Erfüllung oder Nichterfüllung der Mitteilungspflicht betroffen, die Sanktion, die in dem Verlust des Bezugsrechts besteht, richtet sich aber gegen das mitteilungssäumige Unternehmen und kommt lediglich der AG und allenfalls den übrigen Aktionären zugute.
Eine Anfechtbarkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach §243 scheidet ebenfalls aus: Einerseits betrifft die Rechtsfolge des §20 VII keine für das System der Kapitalerhöhung wesentliche Frage, andererseits tritt die Rechtsfolge des §20 VII unabhängig von der Frage ein, ob der HV-Beschluß durch Benennung des Bezugsverhältnisses das mitteilungssäumige Unternehmen irrtümlich miteinbezieht und ob eine Anfechtung des Beschlusses in der Frist des §246 erfolgt; denn der Rechtsverlust nach §20 VII ist von der AG zu jeder Zeit zu beachten. Er kann und soll durch den HV-Beschluß nicht aufgehoben werden, und deshalb ist auch eine Korrektur des Kapitalerhöhungsbeschlusses durch Anfechtung nicht die richtige Rechtsfolge.
Ähnliche Überlegungen treffen auf die Durchführung der Kapitalerhöhung zu: Die Zeichnung der jungen Aktien durch den wegen §20 VII nicht bezugsberechtigten Großaktionär erfüllt nicht den Tatbestand von §§185 II, 185 I.

§20 VII will nicht verhindern, daß gerade das mitteilungssäumige Unternehmen junge Aktien zeichnet, die Einlage leistet und junge Aktien erhält, sondern will nur verhindern, daß dies in Ausübung des Bezugsrechts geschieht. Zu korrigieren ist bei einem Verstoß gegen §20 VII also nicht, daß eine Kapitalerhöhung durchgeführt wurde, obgleich sich das mitteilungssäumige Unternehmen daran beteiligt hat, sondern nur die Ausübung des Bezugsrechts als von §20 VII untersagte Form der Beteiligung des mit-

teilungssäumigen Unternehmens an der Kapitalerhöhung. Damit aber ist für die Korrektur des Verstoßes gegen §20 VII hinsichtlich des Bezugsrechts auf das Rechtsverhältnis zwischen der AG und dem mitteilungssäumigen Unternehmen verwiesen; der korporationsrechtliche Akt der Kapitalerhöhung wird in seinem rechtlichen Bestand nicht berührt.

2. Abschnitt: Der Inhalt des Anspruchs der AG gegen das mitteilungssäumige Unternehmen

Anders als beim Dividendenbezug besteht beim Bezug junger Aktien entgegen §20 VII Einigkeit, daß §812 BGB die einschlägige Norm ist.[1)]
Danach hätte das mitteilungssäumige Unternehmen die zu Unrecht bezogenen Aktien zurückzugeben. Für die AG bedeutet die Rückforderung und die daran anschließende anderweitige Unterbringung der jungen Aktien zusätzlichen Aufwand. Wenn man dazu bedenkt, daß der Wert des Bezugsrechts wegen der Höhe des Ausgabekurses der jungen Aktien gering und die AG nach der Lage am Kapitalmarkt im Zeitpunkt der Entdeckung des Verstoßes gegen §20 VII nicht sicher sein kann, die jungen Aktien genauso günstig unterbringen zu können, fragt es sich, ob nicht eine andere Lösung des Verstoßes gegen §20 VII in Betracht zu ziehen ist. Als Alternative zu der in der Literatur vertretenen Lösung der Rückgabe der Aktien kommt die Möglichkeit in Frage, die Korrektur des Verstoßes gegen §20 VII auf den Wert des Bezugsrechts zu beschränken: Das mitteilungssäumige Unternehmen müßte dann lediglich den Wert an die AG leisten, der in der Möglichkeit des Bezugs junger Aktien auf Grund des Bezugsrechts bestand.[2)]

---

1) Würdinger in Großkommentar §20 Anm.12; ders. LB S.251; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.40; Emmerich-Sonnenschein S.47; a.M. für die Ausübung des Bezugsrechts entgegen §328 Godin-Wilhelmi § 328 Anm.3, wo §62 für einschlägig gehalten wird.
2) Diese Ansicht wird abgelehnt von Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.40 mit der Bemerkung, daß die Saldotheorie keine Anwendung finde.

a) Der Sanktionszweck von §20 VII hinsichtlich des Bezugsrechts

Der Zweck des §20 VII könnte es notwendig machen, daß das mitteilungssäumige Unternehmen die zu Unrecht bezogenen Aktien an die AG herausgibt. Die Erweiterung der Sanktion für das Unterlassen der Mitteilung vom Verlust des Stimmrechts auf alle Rechte aus den Aktien erfolgte, weil der Stimmrechtsverlust als nicht einschneidend genug empfunden wurde.[1] Die Erweiterung der Sanktion verstärkte den Aspekt der Nachteilsandrohung bzw. -zufügung bei unterlassener Mitteilung: Sowohl der Dividendenverlust als auch der Verlust des Bezugsrechts haben ausschließlich die Bedeutung, daß das mitteilungssäumige Unternehmen zur Erfüllung seiner Mitteilungspflicht veranlaßt werden soll. Auch der Verlust des Bezugsrechts hat im Unterschied zum Stimmrechtsverlust keine spezifische Präventivfunktion. Wenn das mitteilungssäumige Unternehmen sein Stimmrecht nach §20 VII nicht ausüben kann, so ist dies zunächst ein Nachteil, der für die Erfüllung der Mitteilungspflicht von Bedeutung sein kann; wichtiger ist, daß auf diese Weise die Ausübung von Einfluß verhindert werden soll, die nicht ohne diejenigen Sicherungen für die übrigen Aktionäre und Gläubiger stattfinden soll, deren Wirksamwerden durch die Beteiligungspublizität - auch - gesichert werden soll. Anders liegt es beim Verlust des Bezugsrechts nach §20 VII: Das mitteilungssäumige Unternehmen ist trotz §20 VII nicht gehindert, Aktien der AG überhaupt hinzuzuerwerben; trotz unterlassener Mitteilung kann das mitteilungssäumige Unternehmen an der Börse seine Beteiligung an der AG ohne rechtliche Einschränkung vergrößern. Mit §20 VII ist sowohl der Erwerb alter Aktien durch das mitteilungssäumige Unternehmen vereinbar, als auch

---

1) Vgl. den Ausschußbericht bei Kropff S.42.

der Erwerb von Bezugsrechten Dritter und der hierdurch ermöglichte Erwerb junger Aktien. §20 VII will also nicht die Beteiligungshöhe des mitteilungssäumigen Unternehmens "einfrieren", sondern nur den Erwerb junger Aktien im Wege der Ausübung des Bezugsrechts aus eigenen bzw. zugerechneten Aktien verhindern. Das aber bedeutet, daß der Zweck des §20 VII auch beim Bezugsrecht auf die Nachteilszufügung in vermögensmäßiger Hinsicht beschränkt ist. Eine andere Regelung wäre allerdings möglich gewesen: Das Gesetz hätte im Falle des Unterlassens der Mitteilung ein Verbot der Vergrößerung der Beteiligung aussprechen können; dies ist jedoch nicht erfolgt.

Wenn §20 VII nicht den Beteiligungserwerb durch das mitteilungssäumige Unternehmen verhindern will, ist bei einem Verstoß gegen §20 VII also jedenfalls nicht zum Zwecke der Beseitigung einer vom Gesetz nicht gewollten Beteiligung der Weg der Rückgabe der Aktien geboten.

Zu bedenken ist aber, daß das mitteilungssäumige Unternehmen möglicherweise nicht nur denjenigen Vorteil des Bezugsrechts erlangt hat, der in dem niedrigeren Ausgabekurs für die Altaktionäre besteht. Die Ausübung des Bezugsrechts gewährte dem mitteilungssäumigen Unternehmen die Möglichkeit, seine Beteiligung nominell zu vergrößern, und zwar zu einem von der AG festgesetzten Preis, der auch dann nicht steigen konnte, wenn im übrigen der Kurs der Altaktien oder der "freien Spitzen"[1] der jungen Aktien erheblich angestiegen wäre, weil das Bekanntwerden einer qualifizierten Beteiligung an der Börse eine höhere Notierung der betreffenden Aktien bewirkt.[2] Das mitteilungssäumige Unternehmen, so könnte man folgern, hat durch den Verstoß gegen §20 VII den für die Vergrößerung der Beteiligung aufzubringenden "Paketzuschlag" gespart. Damit §20 VII nicht durch Mißachtung beseitigt werden kann,

---

1) Zum Begriff vgl. Lutter in Kölner Kommentar §56 Anm.13; Förschner AG 1964, 61 ff.
2) Vgl. dazu Wiedemann: Minderheitenschutz passim; Großfeld S.30,31; Mestmäcker: Verwaltung S.141,205 ff; Godin-Wilhelmi Vorbem.1 vor §§20-22.

müßte der Wert des Paketzuschlags vom mitteilungssäumi-Unternehmen an die AG geleistet werden. Die Frage, wie hoch der Paketzuschlag zu veranschlagen wäre, wird sich freilich nicht exakt beantworten lassen, da hierfür zahlreiche Faktoren in nicht vorhersehbarer und nicht wiederholbarer Weise zusammenwirken. Eben wegen dieser Nichtbestimmbarkeit könnte man nun geltend machen, daß das mitteilungssäumige Unternehmen die Aktien an die AG zurückgeben muß, damit nunmehr die jungen Aktien zu ihrem "wahren", d.h. mit Paketzuschlag zustandegekommenen Preis angeboten werden können.

Die Vermeidung des Paketzuschlags für das mitteilungssäumige Unternehmen ist jedoch keine Folge des Verstoßes gegen §20 VII, sondern wird durch das Unterlassen der nach §§20 I, 20 IV gebotenen Mitteilung bewirkt. Einen Vermögensvorteil, der über den Wert des Bezugsrechts hinausgeht, hat das mitteilungssäumige Unternehmen nicht durch die Ausübung des Bezugsrechts erlangt; denn zu dem noch nicht um den Paketzuschlag erhöhten Preis hätte es seine Beteiligung durch den heimlichen Erwerb von Aktien an der Börse vergrößern können. Im Einzelfall ist es freilich denkbar, daß die Börse eher auf vage Gerüchte über das Vorliegen einer qualifizierten Beteiligung reagiert, als dies der AG möglich ist; die AG muß zwar die Rechtsfolgen aus §20 VII beachten, braucht sich aber nicht an vagen Nachrichten zu orientieren.[1] Dann kann es sein, daß der Erwerb neuer Beteiligungen über die Börse für das mitteilungssäumige Unternehmen erheblich teurer würde als der Erwerb im Wege der Ausübung des Bezugsrechts. Gleichwohl erscheint es bedenklich, daraus ein Argument für die Pflicht des mitteilungssäumigen Unternehmens zur Rückgabe der entgegen §20 VII bezogenen jungen Aktien abzuleiten: Erstens darf man die Bedeutung des Paketzuschlags nicht überbewerten; das Gesetz hat weder in positiver noch in negativer Richtung eine

---

1) Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.86.

Regelung getroffen. Einerseits haben die Aktionäre keinen Anspruch auf den Spekulationsgewinn[1], und dementsprechend ist es zweifelhaft, ob die Verletzung der Mitteilungspflicht einen Schadensersatzanspruch zugunsten der Aktionäre wegen entgangenen Kursanstiegs nach sich zieht.[2] Andererseits ist es kein von §20 VII mitbedachter Zweck, die Sanktion gerade dadurch effektiver zu machen, daß der Paketzuschlag für das mitteilungssäumige Unternehmen unvermeidlich wird. Zweitens aber ist dann, wenn trotz unterlassener Mitteilung die Paketbildung an der Börse zum Kursanstieg geführt hat, so daß sich durch die Ausübung des Bezugsrechts ein zusätzlicher Vorteil für das mitteilungssäumige Unternehmen ergibt, keine Verringerung der Sanktion bei der hier als Alternative untersuchten Lösung festzustellen: In dem Maße, in dem der Kurs der Altaktien in Folge der Spekulation steigt, steigt auch der Wert des Bezugsrechts, der sich im wesentlichen durch die Differenz zwischen dem Ausgabekurs für die jungen Aktien und dem Börsenkurs der Altaktien bildet.[3] Wenn nun aber statt der Rückgabe der entgegen §20 VII bezogenen jungen Aktien die Korrektur des Verstoßes gegen §20 VII auf den Wert des Bezugsrechts beschränkt wird, behält das mitteilungssäumige Unternehmen keinen Vorteil, den es gerade aus der gegen §20 VII verstoßenden Ausübung des Bezugsrechts erlangt hat.

---

1) Godin-Wilhelmi Vorbem.1 vor §20; vgl. aber Wiedemann: Minderheitenschutz S.60,61.
2) Vgl. oben S.73.
3) Vgl. zur Wertermittlung des Bezugsrechts: Wiedemann in Großkommentar § 186 Anm.16; Meilicke BB 1961, 1281 ff; Würdinger LB S.165.

b) Die Höhe des Bezugsrechts der übrigen Aktionäre auf Grund von §20 VII

Wenn der gegen das mitteilungssäumige Unternehmen gerichtete Sanktionszweck des §20 VII nicht die Rückgabe der zu Unrecht bezogenen jungen Aktien verlangt, so kann sich aus anderen Gründen die Rückgabe der Aktien als der richtige Weg bei einem Verstoß gegen §20 VII erweisen. Die Belange der übrigen Aktionäre könnten die Rückgabe der Aktien erforderlich machen: wenn die AG die Möglichkeit erhalten muß, zugunsten der übrigen Aktionäre die Situation wieder herzustellen, die ohne Verstoß gegen §20 VII bestanden hätte und wenn in diesem Fall die übrigen Aktionäre einen Anspruch auf diejenigen jungen Aktien geltend machen können, die ohne §20 VII dem mitteilungssäumigen Unternehmen zustünden. Es ist also die Frage zu untersuchen, ob im Falle der Verletzung der Mitteilungspflicht nach §20 I oder §20 IV durch den Eintritt des Verlustes des Bezugsrechtes nach §20 VII zu Lasten des mitteilungssäumigen Unternehmens das Bezugsrecht der übrigen Aktionäre entsprechend größer wird.
§186 I gibt dem einzelnen Aktionär die Möglichkeit, seine bisherige Beteiligungsquote durch die Zeichnung junger Aktien aufrechtzuerhalten. Da das damit gewährte Bezugsrecht lediglich die Berechtigung des Aktionärs zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung bedeutet und keine Verpflichtung zur Ausübung des Bezugsrechts besteht, kommt es vor, daß hinsichtlich eines Teils der jungen Aktien das Bezugsrecht nicht ausgeübt wird. Andererseits ergibt sich aus anderen gesetzlichen Vorschriften, daß bestimmte Aktionäre das im Grundsatz (§186 I) gewährte Bezugsrecht nicht ausüben können (§§71 VI, 328 I, 20 VII). Sowohl bei der freiwilligen Nichtausübung des Bezugsrechts als auch beim gesetzlichen Ausschluß stellt sich die Frage, ob das Bezugsrecht der übrigen Aktionäre in entsprechendem Umfang anwächst. Während einerseits generell[1] und

---

1) Baumbach-Hueck §186 Anm.11.

für den Fall der freiwilligen Nichtausübung des Bezugsrechts[1] die Ansicht vertreten wird, daß eine Anwachsung des Bezugsrechts der übrigen Aktionäre nicht stattfindet, ist Lutter[2] der Ansicht, im Falle des §71 VI sei das Bezugsrecht der übrigen Aktionäre nicht auf den bisherigen Anteil am Grundkapital beschränkt, sondern erstrecke sich entgegen dem Wortlaut des §186 I auch auf diejenigen Aktien, für die wegen §71 VI das Bezugsrecht nicht ausgeübt werden dürfe. Falls diese Ansicht zutreffend ist, liegt die Annahme nahe, daß für den Fall des §20 VII gleiches gilt,[3] da §20 VII nur einen anderen gesetzlichen Fall des Bezugsrechtsausschlusses enthält. Die Kapitalerhöhung gegen Einlagen, mit der das Eigenkapital der AG vergrößert werden soll, führt zu einem Interessenkonflikt[4] zwischen der AG und den Aktionären. Das Interesse der AG ist auf Kapitalzuführung in Gestalt neuer Einlagen gerichtet, die Aktionäre haben ein Interesse an der Erhaltung des status quo. Die Ausgabe neuer Aktien bedeutet zunächst eine Verringerung der mit den alten Aktien verbundenen Einflußmöglichkeiten; weiterhin besteht die Gefahr der Verwässerung des Substanzwertes der alten Aktien, da die jungen Aktien in der Regel nicht zum Kurs der Altaktien plaziert werden können.

Mit der Regelung des §186 löst das Gesetz den Interessenkonflikt in der Weise, daß es den Aktionären die Möglichkeit gibt, den status quo durch die eigene Leistung neuer Einlagen zu erhalten: Dem erhöhten Grundkapital entspricht dann die Erhöhung der Beteiligung, wodurch der bisherige

---

1) Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.7; Fischer in Großkommentar 2.Aufl. §153 Anm.4; Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.22; Godin-Wilhelmi §186 Anm.3; Thewalt AG 1959, 76 ff(77); Meilicke BB 1961, 1281 ff (1283) m.w.N. in Fußn.18; Ott: Bezugsrecht S.158,159 (für das Recht der Schweiz).

2) Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.15; anders ders. in Das Deutsche Bundesrecht Lfg.1967 zu §186 Anm.5.

3) So Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm. 33; so möglicherweise auch Würdinger LB S.251 u. Lutter in Das Deutsche Bundesrecht Lfg.1966 zu §20 Anm.4; dazu unten S.124.

4) Dazu: Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.2; Mestmäcker: Verwaltung S.139; ders. BB 1961, 945 ff; Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.49, Vorbem.15 vor §182.

Einfluß gesichert wird und eine etwaige Verwässerung des Wertes der Aktien den Aktionären im selben anteilsmäßigen Umfang zugute kommt, wie sie zu ihren Lasten geht.

Wenn nun die AG eigene Aktien hat und nach §71 VI an dem Bezug junger Aktien gehindert ist, enthält §186 keine Sonderregelung über den Umfang des Bezugsrechts. Man kann auch nicht annehmen, daß insoweit eine Regelungslücke vorliegt: Das Bezugsrecht, das §186 dem Aktionär gewährt, ist auf die bisherige Quote des einzelnen Aktionärs ausgerichtet; nur in diesem Umfang ist sein Interesse am status quo betroffen und vom Gesetz für schutzwürdig erachtet. Sowenig die Nichtausübung des Bezugsrechtes durch einzelne Aktionäre die mit dem gesetzlichen Bezugsrecht geregelten Belange der übrigen Aktionäre betrifft, so wenig kann der gesetzliche Ausschluß eines Aktionärs die Regelung des § 186 beeinflussen. Wenn der Aktionär nach §186 einen seinem bisherigen Anteil am Grundkapital entsprechenden Anteil am erhöhten Grundkapital erhält, so ist die mit der Kapitalerhöhung gegen Einlagen entstehende Interessenkollision erschöpfend geregelt.[1] Dagegen könnte nicht eingewendet werden, daß im Fall des §71 VI die Interessenlage eine besondere ist und zu einer Modifizierung des §186 führen muß:
Wenn die AG eigene Aktien hat, stehen ihr aus diesen Aktien auch die anderen Rechte nicht zu; die relative Stimmrechtsmacht der Aktionäre wird dadurch in bestimmten Fällen größer.[2] Demzufolge könnte man nun eine Erhöhung des Bezugsrechts mit der Begründung fordern, daß das Bezugsrecht dem Aktionär die Möglichkeit zur Erhaltung des status quo gibt und daß der Zustand vor der Kapitalerhöhung eben durch §§71 VI, 136 II in der Weise gekennzeichnet war, daß einfach durch die Verminderung des stimmberechtigten Kapitals für die Aktionäre eine günstigere Relation entstanden war. Diese Folgen aus §71 VI sind jedoch nicht Bestandteil

---

1) Ebenfalls außerhalb der Regelung des §186 liegt die Frage, ob bei Veräußerung eigener Aktien der AG die Aktionäre bevorzugt zu behandeln sind, s.Würdinger LB S.58,59.
2) Vgl. Barz in Großkommentar §71 Anm.42; Lutter in Kölner Kommentar §71 Anm.89; Schäfer BB 1966, 1004 ff (1005).

des status quo, den zu gewährleisten der Zweck des Bezugsrechts ist. Zunächst haben die Aktionäre keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung der durch §71 VI entstandenen Lage, sie können also nicht etwa verlangen, daß die AG die eigenen Aktien behält, im Gegenteil ist der Erwerb und Besitz eigener Aktien grundsätzlich als bedenklich anzusehen.[1] Ohne die Kapitalerhöhung müssen die Aktionäre jederzeit mit der Verringerung der eigenen Aktien der AG rechnen und die dadurch bewirkte Veränderung der Relation ihres Stimmrechts hinnehmen. Deshalb erstreckt sich auch das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre nicht auf diejenigen jungen Aktien, die an sich auf die eigenen Aktien der AG entfallen; denn das Bezugsrecht will nicht den Aktionären die Möglichkeit verschaffen, die durch §71 VI eingetretene Lage - teilweise - zu perpetuieren, sondern nur die bisherige eigene[2] Beteiligungsquote am Grundkapital zu erhalten. Die Veränderung der Relation der Beteiligungen durch §§71 VI, 136 II ist nur Folge der Regelung über die Rechte aus eigenen Aktien, und diese Konsequenz zu sichern, ist nicht Aufgabe des gesetzlichen Bezugsrechts. Ein Anwachsen des gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre durch die Regelung des §71 VI findet

---

1) Vgl. den Wortlaut von §71 I: "darf nur erwerben, wenn"; ferner Begründung zum RegE bei Kropff S.90; Würdinger LB S.55 ff; Godin-Wilhelmi §71 Anm.2; Baumbach-Hueck §71 Anm.3.

2) Ungenau ist deshalb m.E. die Formulierung von Würdinger LB S.164, das Bezugsrecht diene "der Erhaltung der Beteiligungsquoten der Aktionäre in ihrem Verhältnis zueinander"; nicht das Verhältnis der Aktionäre zueinander, sondern nur das Verhältnis der Beteiligung jedes einzelnen Aktionärs zum Grundkapital wird von §186 in seinem Bestand gewährleistet; dagegen bleibt das Verhältnis der Beteiligungen der Aktionäre zueinander nur dann konstant, wenn alle das Bezugsrecht ausüben; diese Folge macht aber nicht den Kern des gesetzlichen Bezugsrechts aus; denn auf die Erhaltung der Relation der Beteiligungen zueinander haben die Aktionäre keinen Anspruch: die Aktionäre können sowohl ihre Beteiligungen als auch ihre Bezugsrechte auf Dritte und andere Aktionäre übertragen und damit eine Veränderung der Relation der Beteiligungen zueinander bewirken.

danach nicht statt.[1] Aus den gleichen Gründen muß auch die Frage verneint werden, ob das Bezugsrecht der übrigen Aktionäre im Falle des §20 VII größer wird: Auch hier ist entscheidend, daß mit dem gesetzlichen Bezugsrecht nach §186 I nur die Möglichkeit zur Erhaltung der bisherigen Beteiligungsquote der Aktionäre gewährleistet werden soll und diese Frage nicht berührt wird, wenn ein Teil der Aktien nicht bezugsberechtigt ist.
Im Falle des §71 VI ist die Ansicht von Lutter[2] im Ergebnis möglicherweise aus einem anderen Grunde zutreffend. Wenn die AG eigene Aktien hat, wird dies der HV, die über die Kapitalerhöhung beschließt, in aller Regel bekannt sein. Hinsichtlich desjenigen Teils der jungen Aktien, die an sich auf die eigenen Aktien entfallen, aber wegen §71 VI von der AG nicht bezogen werden dürfen, steht der HV die Disposition zu. Sie kann beschließen, die jungen Aktien in dem Umfang, in dem nach §71 VI kein gesetzliches Bezugsrecht besteht, zu einem bestimmten Kurs oder bestens an der Börse zu plazieren. Ein solcher Beschluß würde keinen - teilweisen - Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre enthalten und bedürfte nicht der qualifizierten Mehrheit des §186 III. Die HV kann aber auch beschließen, das Bezugsrecht der Aktionäre zu erhöhen. In diesem Fall haben die Aktionäre einen über das gesetzliche Bezugsrecht des §186 hinausgehenden Anspruch auf Zuteilung junger Aktien; dieser Anspruch wird aber erst durch die Entscheidung der HV begründet. Wenn der HV-Beschluß in diesem Sinne ausdrücklich ergeht oder auszulegen ist (was regelmäßig im Falle der Kenntnis der HV vom Besitz eigener Aktien in der Hand der AG der Fall sein wird, falls nicht ausdrücklich eine andere Entscheidun ergeht), führt im Falle des §71 VI der Ausschluß der AG vom Bezugsrecht zu einer Erhöhung für die Aktionäre. Insofern gilt aber nichts anderes als im Falle der freiwilligen Nichtausübung des Bezugsrechts durch einen Aktionär: auch hier kann die HV

---

1) Ebenso für das Recht der Schweiz Ott: Bezugsrecht S.96,97.
2) Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.15.

- vorsorglich - die Weisung an die Verwaltung erteilen, diejenigen jungen Aktien, für die das Bezugsrecht nicht ausgeübt wird, den übrigen Aktionären zum Bezug anzubieten.[1] Vorrangig ist demnach die Kompetenz der HV, über die Verwendung der jungen Aktion zu befinden, auf die kein Bezugsrecht besteht oder ausgeübt wird.[2] Mit dieser Verlagerung - statt Anwachsung des gesetzlichen Bezugsrechts nach § 186 eine eigene Kompetenz der AG - werden die Belange der Aktionäre nicht gefährdet. Mit dem Bezugsrecht nach §186 wird der Anspruch auf Aufrechterhaltung der bisherigen Beteiligungsquote gewährt; in der darüber hinausgehenden Frage der Behandlung der jungen Aktien, für die kein Bezugsrecht besteht oder geltend gemacht wird, greifeh zwar nicht die formalen Schutzvorschriften des §186 III und IV ein. Aber so wenig wie hinsichtlich des Bezugsrechts sich der Schutz der Aktionäre auf das Erfordernis der qualifzierten Mehrheit nach §186 III beschränkt, so wenig kann die HV nach Belieben mit den jungen Aktien verfahren, für die kein gesetzliches Bezugsrecht besteht oder ausgeübt wird: Die mit der Kapitalerhöhung gegen Einlagen verbundenen Veränderungen führen zum Postulat der gesteigerten Pflicht, zur Wahrung der Interessen der Aktionäre und der AG.[3] Die Regelung des §186 ist nur ein Teil des damit nicht erschöpften Interessenschutzes. Das gesetzliche Bezugsrecht kann zwar nach §186 III ausgeschlossen werden; dieser Ausschluß unterliegt dann aber der inhaltlichen Kontrolle[4] (§§243 II, 255 II).

---

1) Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.22.
2) So auch Lutter in Das Deutsche Bundesrecht Lfg.1967 zu §186 Anm.5.
3) Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.3e) m.w.N.
4) Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.2c), 14; Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.49,67-70; von Falkenhausen: Grenzen S.45,46; ferner: Götz Hueck: Gleichmäßige Behandlung S.333 ff; Zöllner: Schranken S.352,353; kritisch gegenüber der inhaltlichen Kontrolle der Entscheidung der HV Wiethölter: Interessen S.104 ff, 122 ff, der den Interessenkonflikt vorwiegend im Verhältnis von Kleinaktionären zur Verwaltung gegeben sieht.

Auch der Beschluß der HV über die jungen Aktien, für die nach §71 VI kein gesetzliches Bezugsrecht besteht oder ein bestehendes nicht ausgeübt wird, muß sich an denselben Überlegungen orientieren, wie sie bei der Frage des Ausschlusses des Bezugsrechts zu stellen sind. Die Interessen der Aktionäre können unmittelbar durch die Einräumung eines höheren, d.h. über den gesetzlichen Rahmen des §186 I hinausgehenden Bezugsrechts gewahrt werden; das Finanzierungsinteresse der AG kann es aber geboten erscheinen lassen, die jungen Aktien, für die nach §71 VI kein Bezugsrecht besteht, bestens zu plazieren und so die Aktionäre nur mittelbar - über die verbesserte Vermögenslage der AG - zu schützen. Auch wenn im letzteren Fall die jungen Aktien zu ihrem wirklichen Wert untergebracht werden, eine vermögensmäßige Einbuße der Aktionäre also nicht stattfindet, kann man aber nicht annehmen, daß die beiden Lösungen gleichwertig sind, da die Beteiligung als Möglichkeit der Einflußausübung von geldwertem Interesse ist.[1] Wenn keine tragenden Gründe[2] für den - wenigstens teilweisen - Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts vorliegen, wird es in der Regel auch an einer Rechtfertigung dafür fehlen, den Aktionären diejenigen jungen Aktien nicht zum Bezug anzubieten, für die kein Bezugsrecht besteht.

Der Ansicht Lutters[3], im Falle des §71 VI finde eine Anwachsung des Bezugsrechts statt, kann deshalb mit der abweichenden Begründung gefolgt werden, daß die Erhöhung des Bezugsrechts nicht aus §186 I im Wege der Anwachsung erfolgt, sondern auf Grund des HV-Beschlusses regelmäßig vorliegen wird, wenn das gesetzliche Bezugsrecht nicht ausgeschlossen wird. Mit diesem Unterschied in der Begründung ist bereits der Unterschied zwischen dem Fall des §71 VI und dem des §20 VII angezeigt:

---

1) Vgl. Mestmäcker: Verwaltung S.131 ff,405 ff; Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.49.
2) S. dazu Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.12b); Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.51 ff.
3) Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.15.

Die HV, die die Kapitalerhöhung beschließt, wird in der Regel keine Kenntnis davon haben, daß eine mitteilungspflichtige Beteiligung vorliegt und die gebotene Mitteilung unterblieben ist. Man kann auch nicht generell dem Kapitalerhöhungsbeschluß im Wege der Auslegung den Inhalt geben, daß jedenfalls dann, wenn das gesetzliche Bezugsrecht nicht nach §186 III ausgeschlossen ist, diejenigen Aktien, auf die kein Bezugsrecht besteht, den bezugsberechtigten Aktionären anzubieten sind. Denn einerseits ist keineswegs sicher, daß die HV immer eine Erhöhung des gesetzlichen Bezugsrechts mit den durch §20 VII freiwerdenden jungen Aktien beschließen würde, wenn ihr der Tatbestand des §20 VII bekannt wäre oder sie mit seinem Eintritt rechnete. Andererseits bedarf es einer solchen Festlegung des hypothetischen Willens der HV nicht; denn die Verwaltung kann nicht etwa nach Belieben über die freiwerdenden jungen Aktien verfügen. In gleicher Weise wie für die HV gilt für die Verwaltung die Pflicht zur Wahrung der Belange der AG und der Aktionäre.[1)]
So muß etwa die Verwaltung hinsichtlich derjenigen jungen Aktien, auf die kein Bezugsrecht ausgeübt worden ist, eine Unterbringung zum besten Kurs besorgen, auch wenn die HV nur den niedrigeren Bezugskurs für die Aktionäre festgesetzt hat.[2)] Eine Pflicht der Verwaltung, den übrigen Aktionären diese jungen Aktien zum Bezug anzubieten, dürfte bei der freiwilligen Nichtausübung des Bezugsrechts aus dem Grund nicht die Regel sein, weil entweder das Bezugsrecht in so geringem Maße nicht genutzt wird, daß eine Erhöhung des Bezugsrechts über die gesetzliche Quote hinaus daran scheitert oder aber der Umfang der nicht ausgeübten Bezugsrechte zwar beträchtlich ist, dann aber kein Interesse der Aktionäre am Bezugsrecht besteht und nur die beste Verwertung im Interesse der AG liegt.

---

1) Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.3; Mestmäcker JZ 1957, 181.
2) Lutter in Kölner Kommentar § 186 Anm.22; die Bindung der Verwaltung an den HV-Beschluß dürfte demgegenüber nachrangig sein, s. dazu Wiedemann in Großkommentar §182 Anm.8; BGHZ 33, 175 ff (178).

Andererseits kann die Verwaltung sogar bei einem Ausschluß des Bezugsrechts durch die HV nach §186 III zur Zuteilung der jungen Aktien an die Aktionäre entsprechend ihrer Beteiligung verpflichtet sein, wenn nämlich die Rechtfertigung für den Bezugsrechtsausschluß - die bestmögliche Plazierung der jungen Aktien - entfällt.[1)]

Das Gebot der Wahrung der Interessen der AG und der Aktionäre kann nun bei einem so beträchtlichen Anteil an jungen Aktien, die nach §20 VII nicht auf Grund des Bezugsrechts beansprucht werden können, zu der Pflicht der Verwaltung führen, den übrigen Aktionären über ihr gesetzliches Bezugsrecht hinaus die jungen Aktien anzubieten, und zwar im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung. Ob man eine solche Pflicht im Einzelfall annehmen kann, richtet sich wiederum nach den gleichen Überlegungen, wie sie in der Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses des gesetzlichen Bezugsrechts anzustellen sind.[2)] Die Interessen sind die gleichen, es entscheidet lediglich statt der HV die Verwaltung.
Auch ohne entsprechenden HV-Beschluß k a n n damit im Falle des §20 VII die Pflicht der Verwaltung bestehen, den Aktionären über ihr gesetzliches Bezugsrecht hinaus junge Aktien zum Bezug anzubieten. Die Rechtslage nach §20 VII ist danach zusammenfassend so zu gestalten:
Das gesetzliche Bezugsrecht nach §186 I wird nicht erhöht; denkbar ist allenfalls ein HV-Beschluß, der das Bezugsrecht über §186 I hinaus auf die durch §20 VII frei werdenden jungen Aktien erstreckt; tatsächliche Voraussetzung hierfür ist die Kenntnis der AG vom Vorliegen einer nicht mitgeteilten Beteiligung. Wenn diese Kenntnis erst nach dem HV-Beschluß eintritt, stellt sich die Frage nach den Folgen

---

1) Vgl. dazu BGH JZ 1957, 179 ff u. die Anmerkung von Mestmäcker hierzu JZ 1957, 180 ff; zu der davon abweichenden Bestimmung der Interessen der AG in BGHZ 33, 175 ff vgl. Mestmäcker BB 1961, 945 ff m.w.N. in Fußn.1; Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.54; Godin-Wilhelmi §71 Anm.3.
2) So für diejenigen jungen Aktien, für die kein Bezugsrecht ausgeübt wird Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.22.

aus §20 VII als Frage nach den Pflichten der Verwaltung.
Wenn somit der Verlust des Bezugsrechts auf Grund von §20 VII keinen gesetzlichen Anspruch der übrigen Aktionäre auf Zuteilung von jungen Aktien über das gesetzliche Bezugsrecht hinaus begründet, scheidet ein weiteres denkbares Argument für die Lösung der Ansicht aus, die bei Ausübung des Bezugsrechts entgegen §20 VII eine Rückgabe der Aktien verlangt; diese Lösung ist jedenfalls nicht deshalb geboten, weil die AG in den Stand versetzt werden müßte, die durch §20 VII erhöhten Ansprüche der übrigen Aktionäre zu befriedigen - solche Ansprüche bestehen nicht.
Gegen dieses Ergebnis ist der Einwand denkbar, daß die Frage, ob und wie die Rechtsstellung der übrigen Aktionäre durch §20 VII verbessert wird, vom Zufall des Zeitpunkts der Kenntniserlangung der AG abhängig ist. Dieses Ergebnis steht jedoch in Einklang mit der Bedeutung des § 20 VII für die übrigen Aktionäre: §20 VII bewirkt unmittelbar und notwendig lediglich, daß die AG einen - für die Systematik der Kapitalerhöhung zufälligen - Vorteil erhält. Die Frage der Umverteilung dieses Vorteils ist nun abhängig davon, wann die AG vom Vorliegen des §20 VII Kenntnis erhält. Der Zeitpunkt der Kenntniserlangung entscheidet darüber, welches Organ der AG die etwaige Umverteilung vornimmt und über den Gegenstand der Umverteilung. Ob und was die Aktionäre an Vorteilen aus §20 VII erhalten, ist der Frage, was die AG an Rechten aus §20 VII erhält, nachgeordnet. Das gleiche gilt bei einem Verstoß gegen §20 VII: Die vorrangige Frage ist die nach den Rechten der AG, und deshalb würden die Rechte von AG und Aktionären nicht richtig aufeinander bezogen, wenn man einen Anspruch der Aktionäre auf Erhöhung ihres Bezugsrechts auf Grund von §20 VII postulieren wollte, um daraus zu folgern, daß zur Erfüllung dieser Ansprüche die AG einen Anspruch auf Rückgabe der entgegen §20 VII bezogenen jungen Aktien haben müsse. Falls die AG vor Zuteilung der jungen Aktien den Tatbestand des §20 VII entdeckt, kommt eine Teilnahme der übrigen Aktionäre in Gestalt einer Erhöhung des

Bezugsrechts in Frage. Falls aber die AG bei einem Verstoß gegen §20 VII lediglich einen Geldanspruch erhält und diesen Betrag nach §150 II Nr.2 in die gesetzliche Rücklage einstellt, profitieren die Aktionäre nur mittelbar von §20 VII.

c) Bedenken aus §71 gegen die Rückgabe der Aktien

Wenn danach die Rechtsstellung der Aktionäre nicht die Lösung der Rückgabe der entgegen §20 VII bezogenen Aktien verlangt, ist diese Lösung möglicherweise sogar wegen §71 untersagt.
Wenn die AG die zu Unrecht bezogenen Aktien vom mitteilungssäumigen Unternehmen gegen Erstattung der Einlage zurückerhält, liegt zwar nur die Verwirklichung eines Anspruchs aus §812 BGB vor; auch dieser Vorgang wäre aber als "Erwerb" nach §71 zu prüfen, denn nicht nur Kauf, sondern auch andere Formen des entgeltlichen Erwerbs werden von §71 erfaßt.[1] Der Sachverhalt, den §71 verhindern will, liegt auch dann vor, wenn die AG auf Grund eines Bereicherungsanspruchs eigene Aktien gegen Erstattung der Einlage erhält; §71 ist nämlich Teil des Systems der Erhaltung des Gesellschaftskapitals,[2] und dieses würde jedenfalls vorübergehend durch die Herausgabe der Gegenleistung (der Einlage) vermindert. Ob eine der Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot des Erwerbs eigener Aktien gegeben ist, ist zweifelhaft. Unmittelbar einschlägig ist keiner der Fälle des §71 I: Nr.1 ist nicht gegeben, weil kein "schwerer Schaden" der AG ohne den Rückerwerb der Aktien vom mitteilungssäumigen Unternehmen droht. Lediglich die Realisierung eines möglichen Vorteils reicht für Nr.1 nicht aus.[3] Auch Nr.4 - Ausführung einer Einkaufs-

---

1) Barz in Großkommentar § 71 Anm.5; Lutter in Kölner Kommentar §71 Anm.12; Baumbach-Hueck §71 Anm.5
2) Lutter in Kölner Kommentar §71 Anm.3; Barz in Großkommentar §71 Anm.5; Würdinger LB S.55,56.
3) Barz in Großkommentar §71 Anm.7 zum entgangenen Gewinn; Baumbach-Hueck §71 Anm.6; a.M. möglicherweise Lutter in Kölner Kommentar §71 Anm.13.

kommission - liegt nicht vor, da die AG keinen Auftrag der Aktionäre zum Rückerwerb der entgegen §20 VII bezogenen jungen Aktien hat. Man könnte nun erwägen, in Anlehnung an Nr.1 oder Nr.4 einen besonderen Fall des zulässigen Erwerbs eigener Aktien mit der Begründung anzunehmen, daß mit der Einführung des §20 VII nicht bedacht worden ist, daß bei einem Verstoß gegen §20 VII eine Kollision mit §71 auftreten kann. Zu bedenken ist aber, daß die Durchführung des Anspruchs aus §812 in der Weise der Rückgabe der Aktien gegen Rückerstattung der Einlage durchaus den Grundgedanken des §71 berührt und unter dem Aspekt der Erhaltung des Grundkapitals nicht ausnahmslos unproblematisch ist. Keine Gefahren für die Sicherung des Grundkapitals drohen im Falle des mittelbaren Bezugsrechts nach §186 V, wenn man auch die Rückabwicklung über die Bank vornimmt; dann wird das Vermögen der AG auch nicht vorübergehend vermindert. Anders in dem - freilich seltenen[1] - Fall der Ausübung des unmittelbaren Bezugsrechts: Wenn die AG über 25% der jungen Aktien zurückerhält und die Einlage zurückzahlt, erscheint dies unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung des Grundkapitals deshalb gefährlich, weil nicht sicher ist, zu welchem Kurs die jungen Aktien bei den übrigen Aktionären oder an der Börse wieder untergebracht werden können. Dies hängt einmal vom Wert des Bezugsrechts ab, zum anderen von der Entwicklung der AG seit der Kapitalerhöhung und schließlich von der Lage am Kapitalmarkt.

Wenn man nun bei §71 eine Differenzierung danach, ob im Einzelfall eine Gefährdung des Grundkapitals gegeben ist, nicht für richtig hält,[2] spricht m.E. mehr dafür, §71 für einschlägig anzusehen und auf eine Erweiterung der Ausnahmetatbestände zu verzichten.

Daraus ist keineswegs zu folgern, daß die Ausübung des Bezugsrechts entgegen §20 VII folgenlos bleibt;[3] denn

---

1) Zum Verhältnis von unmittelbarem und mittelbarem Bezugsrecht vgl. Lutter in Festschrift für Schilling S.207; ders. in Kölner Kommentar §182 Anm.14, §186 Anm.71; Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.1.

2) Barz in Großkommentar §71 Anm.3; Lutter in Kölner Kommentar §71 Anm.11; Baumbach-Hueck §71 Anm.5.

3) Diese Konsequenz zieht aber Möhring-Tank Rz 731.

wenn die Korrektur des Verstoßes gegen §20 VII auf die Erstattung des Wertes des Bezugsrechts beschränkt wird, entsteht keine Kollision mit §71.
Diese Lösung läßt sich auch mit dem System des Bereicherungsanspruchs vereinbaren. Zwar sind das "Erlangte" die jungen Aktien, und im Grundsatz sind Leistung (Aktien) und Gegenleistung (Einlagen) herauszugeben, wenn sie noch vorhanden sind.[1] Der Grundgedanke der Saldotheorie[2] dürfte also nicht zutreffen[3], soweit deren Anliegen in einer Beschränkung des Bereicherungsanspruchs auf den Wertüberschuß besteht, falls die Leistungen nicht mehr in der gleichen Weise zurückgegeben werden können. Wenn man aber berücksichtigt, daß §20 VII nicht verhindern will, daß das mitteilungssäumige Unternehmen überhaupt junge Aktien erwirbt, sondern nur den Erwerb durch Ausübung des Bezugsrechts untersagt, liegt der Rechtsverlust nach §20 VII im Verlust des Wertes, den das Bezugsrecht ausmacht. Dann aber ist es nur folgerichtig, beim Verstoß gegen §20 VII auch die Rechtsgrundlosigkeit nicht für den Erwerb der jungen Aktien überhaupt anzunehmen, sondern nur die Verbilligung des Erwerbs durch die Ausübung des Bezugsrechts für rechtsgrundlos zu halten. Weder aus Gründen der gegen das mitteilungssäumige Unternehmen gerichteten Sanktionsfunktion des §20 VII noch aus Gründen der Erhaltung von Vorteilen aus §20 VII für die AG oder die Aktionäre läßt sich eine Korrektur des Verstoßes gegen §20 VII über den Wert des Bezugsrechts hinaus rechtfertigen. Durch die Rückgabe der Aktien gegen Erstattung der Einlagen würde mehr korrigiert ,als durch §20 VII verhindert werden soll und außerdem ohne Notwendigkeit ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr riskiert.

---

1) Vgl. Koppensteiner/Kramer: Ungerechtfertigte Bereicherung §§12,13 m.w.N.
2) S. dazu Staudinger-Seufert §818 Anm.45 ff; RGRK-Heimann-Trosien §812 Anm.56,61 ff; Mehrtens: Bereicherungsrecht S.108 ff.
3) Insoweit kann Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.40 gefolgt werden.

d) Die Veräußerung des Bezugsrechts

Wenn das mitteilungssäumige Unternehmen nicht junge Aktien entgegen §20 VII bezieht, sondern das - ihm wegen §20 VII nicht zustehende - Bezugsrecht veräußert, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen von vornherein nur als Frage nach einem Bereicherungsanspruch, der auf den Geldwert des Bezugsrechts gerichtet ist. Wie beim Dividendenanspruch wird beim Bezugsrecht die Ansicht vertreten,[1] die Sanktion des §20 VII richte sich ausschließlich gegen das mitteilungssäumige Unternehmen und entfalle deshalb mit der Übertragung des Bezugsrechts.

Wenn diese Ansicht richtig wäre, hätte die Erstreckung der Sanktion vom Stimmrecht auf die übrigen Rechte aus der Aktie keinen Sinn: Dem mitteilungssäumigen Unternehmen müßte geraten werden, die Bezugsrechte aus seinen Aktien zu veräußern und mit dem Erlös Bezugsrechte von Dritten zu erwerben. Wenn man berücksichtigt, daß das Gesetz dem mitteilungssäumigen Unternehmen keineswegs den Zuerwerb von jungen Aktien oder die Vergrößerung die Beteiligung mit Altaktien untersagt, kann der Sinn des §20 VII nur in der Zufügung eines Vermögensnachteils bestehen. Diesem Nachteil könnte das mitteilungssäumige Unternehmen ohne Schwierigkeit entgehen, wenn die Wirkung des §20 VII sich in der Verhinderung des Bezugs junger Aktien auf Grund des Bezugsrechts aus eigenen Aktien erschöpfte.

Im Falle des §20 VII ist die Lage genau umgekehrt zu der des §56 II: Weil das abhängige Unternehmen keine Beteiligung am herrschenden Unternehmen erwerben soll, ist bei §56 II auch der Erwerb der Beteiligung im Wege der Ausübung des Bezugsrechts untersagt.[2] Weil aber die Ausübung des Bezugsrechts nur ausgeschlossen ist, um

---

1) Schmidt ZfgesKW 1966, 1081 ff (1082).
2) Barz in Großkommentar §56 Anm.9; Lutter in Kölner Kommentar §56 Anm.36, §186 Anm.16; Baumbach-Hueck §56 Anm.8; Jörg Gessler §71 Anm.10.

eine Beteiligung zu verhindern, kann das abhängige Unternehmen den im Bezugsrecht steckenden Wert durch Veräußerung realisieren, ohne daß §56 II entgegenstünde.[1] §20 VII dagegen will verhindern, daß das mitteilungssäumige Unternehmen in den Vorteil des Bezugsrechts gelangt. Ob nun der Vorteil durch den billigen Bezug junger Aktien oder durch die Veräußerung des Bezugsrechts erlangt wird, ist bei §20 VII ohne Bedeutung. Wenn §20 VII insoweit nicht seinen Sinn - die Zufügung eines Nachteils bei unterlassener Mitteilung - verlieren soll, muß m.E. die Übertragung des Bezugsrechts in gleicher Weise wie die Übertragung des Dividendenanspruchs[2] entweder als "Ausübung" i.S. von §20 VII qualifiziert werden oder der Tatbestand einer Umgehung des §20 VII im Falle der Übertragung des Bezugsrechts angenommen werden.

Auch beim Bezugsrecht kann man der Einsicht, daß sich §20 VII nur gegen das mitteilungssäumige Unternehmen richtet, daß aber die Veräußerung des Bezugsrechts in gleicher Weise dem §20 VII widerspricht wie der eigene Bezug junger Aktien, Rechnung tragen, ohne daß man die Belange des Bezugsrechtshandels beeinträchtigt. Wenn das mitteilungssäumige Unternehmen entgegen §20 VII junge Aktien bezieht, muß es den Vorteil nach §812 BGB herausgeben, der in der Verbilligung des Bezugs der Aktien durch den Bezugskurs besteht; wenn das Unternehmen trotz unterlassener Mitteilung das Bezugsrecht veräußert, muß es den durch die Veräußerung erlangten Vermögensvorteil nach §816 BGB herausgeben: Diesen Vorteil für das mitteilungssäumige Unternehmen will §20 VII gerade verhindern.

---

1) Lutter in Kölner Kommentar §56 Anm.36, §186 Anm.16; Barz in Großkommentar §56 Anm.9; Godin-Wilhelmi §186 Anm.2; Baumbach-Hueck §56 Anm.8; Jörg Gessler §71 Anm.10; Guntz AG 1958, 177 zum AktG 1937.

2) Vgl. oben S.42 ff.

3. Abschnitt: Die Anspruchsberechtigung

a) Im Falle des unmittelbaren Bezugsrechts

Wem der Bereicherungsanspruch zusteht, ist umstritten: Wenn gesagt wird,[1] daß das mitteilungssäumige Unternehmen sich die Beteiligungsquote "auf Kosten der übrigen Aktionäre" verschafft hat, kann damit gemeint sein, daß die Aktionäre Gläubiger des Bereicherungsanspruchs gegen das mitteilungssäumige Unternehmen sind. Dieser Ansicht wäre aber nicht zu folgen.[2]
Zunächst entspricht es der Systematik des Bereicherungsrechts, der AG als der Leistenden den Bereicherungsanspruch zu gewähren; die AG hat mit der Aushändigung der neuen Aktien ihre - wegen §20 VII - vermeintliche Verpflichtung erfüllt, die AG hat dafür die Gegenleistung in Gestalt der Einlage erhalten. Die Frage, was die AG bei ordnungsgemäßem Verhalten des mitteilungssäumigen Unternehmens gemacht hätte und ob in diesem Fall die übrigen Aktionäre eine Erhöhung ihres Bezugsrechts hätten beanspruchen können, ist eine selbständige und nachgeordnete Frage. Zwischen dem mitteilungssäumigen Unternehmen und den übrigen Aktionären steht die AG; die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung[3] ist nur im Verhältnis der AG zum mitteilungssäumigen Unternehmen gegeben, denn eine Anwachsung findet durch §20 VII nicht statt.[4][5]

---

1) So Würdinger in Großkommentar §20 Anm.12; ähnlich Würdinger LB S.251: "hat das Anrecht der übrigen Aktionäre auf diese Quote beeinträchtigt"; ebenso Lutter in Das Deutsche Bundesrecht Lfg.1966 §20 Anm.4.
2) Ebenso Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.81.
3) Vgl. zur Terminologie einerseits Staudinger-Seufert §812 Anm.8a) ff und andererseits RGRK-Heimann Trosien §812 Anm.20 ff; Erman-H.P.Westermann §812 Anm.1,16 jeweils m.w.N.
4) Vgl. oben S.109 ff.
5) Deshalb sprechen die gleichen Überlegungen, die oben S.71 ff gegen die Annahme der Schutzgesetzqualität von §20 VII angeführt sind, auch hinsichtlich des Bezugsrechts auf junge Aktien gegen die Bejahung von §823 II BGB als Anspruchsgrundlage beim Verstoß gegen §20 VII.

Auch praktische Erwägungen sprechen gegen die Gewährung eines Anspruchs der einzelnen Aktionäre gegen das mitteilungssäumige Unternehmen; denn eine Vielzahl von Anspruchsberechtigten würde Ansprüche geltend machen und hinsichtlich eines unverteilbaren Restes müßte noch der AG ein Anspruch zugebilligt werden.

b) Im Falle des mittelbaren Bezugsrechts

Im Falle des mittelbaren Bezugsrechts nach §186 V erhalten die Aktionäre die jungen Aktien von einem Kreditinstitut. Da §20 VII auch das mittelbare Bezugsrecht erfaßt,[1] scheint bei einer Ausübung des mittelbaren Bezugsrechts entgegen §20 VII der Bereicherungsanspruch dem Kreditinstitut zuzustehen, da seine Verpflichtung zur Zuteilung der jungen Aktien aus dem mit der AG geschlossenen Vertrag zugunsten der Aktionäre nach §328 BGB[2] von §20 VII aufgehoben ist, es also ohne Rechtsgrund an das mitteilungssäumige Unternehmen geleistet hat. Bei dieser Lösung würde das Kreditinstitut aus §20 VII einen unter Umständen beträchtlichen Vorteil erhalten, der der AG zustünde, wenn nicht das mittelbare, sondern das unmittelbare Bezugsrecht gewählt worden wäre.
Durch §20 VII erhält im Grundfall des unmittelbaren Bezugsrecht zunächst die AG den Vorteil, daß ein Großaktionär kein Bezugsrecht hat; ob in diesem Fall der Vorteil in Gestalt eines über das gesetzliche Bezugsrecht hinausgehenden Anteils auf junge Aktien direkt an die übrigen Aktionäre weitergegeben wird, oder ihnen nur indirekt über die verbesserte Vermögenslage der AG zugute kommt, wenn diese die Aktien, auf die kein Bezugsrecht besteht, zum besten Kurs veräußert - in beiden Fällen sind AG und Aktionäre Nutznießer aus §20 VII.

---

1) Schmidt ZfgesKW 1966, 1081 ff (1083); vermutlich ebenso, aber unklar in der Formulierung Schäfer BB 1966, 1006.
2) Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.80,88; Würdinger LB S.165; Godin-Wilhelmi §186 Anm.10; Schmidt ZfgesKW 1966, 1081 ff (1082).

Man könnte es nun im Falle des mittelbaren Bezugsrechts hinnehmen, daß statt der AG das Kreditinstitut den Vorteil aus §20 VII erlangt, weil es für die Sanktionswirkung des §20 VII ohne Bedeutung ist, ob die AG oder das Kreditinstitut den Vorteil erhält. So wie es vom zufälligen Zeitpunkt der Kenntnis der AG vom Tatbestand des §20 VII abhängen kann, ob der aus §20 VII resultierende Vorteil an die übrigen Aktionäre unmittelbar weitergegeben werden kann oder lediglich eine Verbesserung der Vermögenslage der AG eintritt, so könnte man es als vom Zufall abhängig ansehen, ob die AG oder das Kreditinstitut von §20 VII Vorteile erhalten. Aus dem Zweck des §20 VII wird man in der Tat keine Antwort auf diese Frage entnehmen können; denn der Zweck des §20 VII, dem mitteilungssäumigen Unternehmen Nachteil in Gestalt des Rechtsverlustes zuzufügen, ist auch erfüllt, wenn beim mittelbaren Bezugsrecht der Rechtsverlust dem Kreditinstitut zugute kommt.

Auch aus §186 V kann man die vorliegende Frage nicht beantworten. Wenn §186 V die Einräumung des mittelbaren Bezugsrechts für gleichwertig erklärt, so müssen die Rechte der Aktionäre zwar in gleicher Weise wie beim unmittelbaren Bezugsrecht gewährleistet sein, weil sich andernfalls nicht die Gleichsetzung rechtfertigt. Die beim mittelbaren wie beim unmittelbaren Bezugsrecht in gleicher Weise zu sichernden Interessen der Aktionäre sind jedoch beschränkt auf das gesetzliche Bezugsrecht, d.h. auf den Anspruch auf Aufrechterhaltung des bisherigen Anteils am Grundkapital. Die Frage nach den Folgen aus §20 VII betrifft aber beim mittelbaren so wenig wie beim unmittelbaren Bezugsrecht den Umfang des gesetzlichen Bezugsrechts: Da im Falle des unmittelbaren Bezugsrechts keine Anwachsung des gesetzlichen Bezugsrechts zugunsten der übrigen Aktionäre auf Grund von §20 VII stattfindet, kann man auch nicht folgern, die durch §20 VII erfolgte Verbesserung der Rechtsposition der Aktionäre müsse wegen §186 V auch beim mittelbaren Bezugsrecht gelten.

Vielmehr handelt es sich um die Frage nach dem Verbleib des für die AG aus §20 VII resultierenden Rechts- und Vermögensvorteils, der zwar in dem Sinne zufällig ist, daß er nur die Kehrseite der Hauptfunktion der Zufügung eines Nachteils zu Lasten des mitteilungssäumigen Unternehmens ist. Diese Zufälligkeit bedeutet aber nicht, daß die AG den Vorteil einfach verlieren oder ihn übertragen darf, wenn die Kapitalerhöhung durch Einschaltung eines Kreditinstituts erfolgt.

Durch die Einschaltung eines Kreditinstituts wird die Aufbringung des erhöhten Grundkapitals gesichert und die technische Durchführung der Kapitalerhöhung von der AG auf das Kreditinstitut übertragen.[1] Das Kreditinstitut erhält nach Vereinbarung von der AG für seine Tätigkeit ein Entgelt. Man könnte nun aus der Übernahme des Risikos der Kapitalerhöhung folgern, daß dem Kreditinstitut nicht nur das negative Risiko, sondern auch etwaige Vorteile bei der Durchführung der Kapitalerhöhung gebühren. Diese Vorstellung liegt möglicherweise der Ansicht[2] zugrunde, daß das Kreditinstitut den Nutzen davon habe, wenn das Bezugsrecht nicht ausgeübt wird; das Kreditinstitut könne die jungen Aktien im eigenen Besitz halten, wenn auf sie kein (mittelbares) Bezugsrecht ausgeübt werde, oder sie für eigene Rechnung veräußern. Dieser Ansicht kann man jedoch allenfalls deshalb folgen, weil im Falle der freiwilligen Nichtausübung im geringen Wert liegen dürfte, sodaß dem Kreditinstitut auch nur ein geringer Vorteil zufließt; diesen geringen Vorteil mag man als Teil des Entgelts für die Dienste des Kreditinstituts ansehen.[3] Dies kann jedoch nicht bei wesentlichen, ins Gewicht fallenden Beträgen gelten:

---

1) Vgl. Lutter AG 1970, 185 ff; ders. in Kölner Kommentar §186 Anm.71 ff; Godin-Wilhelmi §186 Anm.10.
2) Würdinger LB S.166.
3) A.M.Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.82.

Wenn nach §20 VII mehr als ein Viertel der Aktien nicht bezugsberechtigt sind, würde dem Kreditinstitut ein Vorteil zufallen, der nicht mehr als vertretbares Risikoentgelt angesehen werden könnte. So wenig wie die Organe der AG im Falle des unmittelbaren Bezugsrechts berechtigt sind, den aus §20 VII erwachsenen Vorteil ganz oder zum Teil an Dritte zu verschenken, indem sie die nach §20 VII freigewordenen jungen Aktien zum selben Kurs wie für die bezugsberechtigten Aktionäre Dritten anbieten,[1] so wenig dürfte die Verwaltung mit dem Kreditinstitut eine ausdrückliche Vereinbarung schließen, daß außer dem vereinbarten angemessenen Entgelt für die Dienste des Kreditinstituts diesem auch der Vorteil aus §20 VII zugute kommen solle.[2] Wenngleich eine solche Vereinbarung mangels Problembewußtseins der Beteiligten kaum geschlossen werden dürfte, zeigt ihre Behandlung doch die Grenzen der Rechte des Kreditinstituts. Im Wege der ergänzenden Auslegung[3] wird man das Kreditinstitut für verpflichtet halten müssen, im Falle des §20 VII nach Weisung der AG zu verfahren; wenn die Aktien noch nicht dem mitteilungssäumigen Unternehmen zugeteilt waren, gibt es nur die beiden Möglichkeiten, sie den übrigen Aktionären zum Bezug anzubieten oder sie bestens zu verwerten und den Erlös der AG gutzuschreiben. Wenn nun die jungen Aktien entgegen §20 VII schon bezogen wurden, gilt in der entscheidenden Frage nichts anderes: Beim mittelbaren wie beim unmittelbaren Bezugsrecht beschränkt sich der Anspruch aus §812 BGB auf den Wert des Bezugsrechts, aber dieser Wert gebührt der AG, da die Dienstleistung des Kreditinstituts durch das vereinbarte Entgelt abgegolten ist.

---

1) Vgl. Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.22.
2) Zur Bewertung des unangemessenen Entgelts als Ausschluß des Bezugsrechts s. Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.77,85.
3) Ähnlich Lutter in Kölner Kommentar §186 Anm.80.

In der Systematik des Bereicherungsrecht bedeutet dies: Auch bei Einschaltung des Kreditinstituts im Falle des mittelbaren Bezugsrechts ist Leistender die AG, da ihre Pflichten aus §186 I nur aus Gründen der Praktikabilität durch die Gewährung eines mittelbaren Bezugsrechts nach §186 V ersetzt werden. Wenn entgegen dem durch §20 VII bewirkten Verlust auch des mittelbaren Bezugsrechts dieses ausgeübt (oder veräußert) wird, steht der Anspruch aus §812 BGB, der auch hier auf den Wert des Bezugsrechts (oder nach §816 BGB auf das durch die Verfügung Erlangte) gerichtet ist, der AG zu. Durch das mittelbare Bezugsrecht tritt keine Verlagerung des durch §20 VII entstehenden Vorteils ein; der Bezug junger Aktien entgegen §20 VII stellt danach einen Mangel im Verhältnis von AG zum mitteilungssäumigen Unternehmen, dem sogenannten Valutaverhältnis dar.[1)]

---

1) Vgl. hierzu Koppensteiner-Kramer: Bereicherungsrecht §6; Erman-H.P.Westermann §812 Anm.33 ff; RGRK-Heimann-Trosien §812 Anm.29; Staudinger-Seufert §812 Anm.8c).

Drittes Kapitel

§20 VII im Falle der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

1. Abschnitt: Die Bedeutung des Wortlauts von §20 VII

Ob §20 VII im Falle der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln von Bedeutung ist, ist umstritten.[1)]

Nach dem Wortlaut des §20 VII könnte man zunächst argumentieren,[2)] die Verletzung der Mitteilungspflicht habe keine Auswirkungen auf die Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, weil im Gegensatz zur Kapitalerhöhung gegen Einlagen die Aktionäre kein Bezugsrecht **a u s ü b e n** , sondern die neuen Anteile den Aktionären kraft Gesetzes anteilsmäßig gehören, §212. Ob man aus der Formulierung, "Rechte können nicht ausgeübt werden", die Folgerung ziehen kann, daß das Unterlassen der Mitteilung ohne Folgen für die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bleibt, ist aber zweifelhaft. Zunächst muß man auch hier bedenken, daß die Entstehungsgeschichte des §20 VII einige Zurückhaltung nahelegt, wenn aus einzelnen Formulierungen Rechtsfolgen abgeleitet werden sollen. Sodann muß berücksichtigt werden, daß auch bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen §20 VII nicht die Handlung der Rechtsausübung verhindern will, sondern den mit dem Bezugsrecht gegebenen Vorteil entziehen will. Die Formulierung des §20 VII "Rechte können nicht ausgeübt werden", betrifft insofern unterschiedliche Sachverhalte, als es beim Dividenden- und Bezugsrecht nur um den

---

1) Nach Schäfer BB 1966, 1006 und Godin-Wilhelmi §20 Anm.10 soll §20 VII zwar anwendbar sein, die Mitteilung aber jederzeit mit der Folge nachholbar sein, daß dann der Anspruch auf die neuen Aktien geltend gemacht werden kann; nach Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.33 soll das mitteilungssäumige Unternehmen von der Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ausgeschlossen sein, wenn die Mitteilung nicht bis zum HV-Beschluß erfolgt ist; nach Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.72 soll §20 VII nicht auf die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln anwendbar sein.

2) Ähnlich in anderem Zusammenhang Lutter in Kölner Kommentar §215 Anm.2,3.

Vermögensnachteil geht, während beim Stimmrecht auch unmittelbar die Handlung der Rechtsausübung, die Einflußnahme durch das Stimmrecht, verhindert werden soll. Wenn aber mit dem Verbot der Rechtsausübung beim Dividenden- und beim Bezugsrecht nur ein Vermögensnachteil angeordnet werden soll, müssen wohl weitere Gründe vorliegen, wenn man nur die Rechte, die ausgeübt werden müssen, unter §20 VII subsumiert, nicht aber die Rechte, die ohne Dazutun des Aktionärs entstehen wie die Teilhabe an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.
Ein solcher Umstand könnte durch das Tatbestandsmerkmal "für die Zeit, für die das Unternehmen die Mitteilung nicht gemacht hat", gegeben sein. Anders als bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen gibt es nämlich bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln i.d.R. keine Frist zur Ausübung des Rechts[1]; stattdessen erfolgt im Verfahren nach §214 eine Verwertung für Rechnung des Aktionärs.
Ob aus diesem Grund der Rechtsverlust nach §20 VII bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ausscheidet, erscheint aber fraglich, weil das Merkmal "für die Zeit" nicht so aussagekräftig ist, daß ihm Unterscheidungsfunktion zukäme: Am einfachsten ist eine Anwendung auf die Ausübung des Stimmrechts möglich; hier ist §20 VII so zu lesen, als ob er lautete: "während des Unterlassens der gebotenen Mitteilung kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden". Schon beim Dividendenrecht hat man nicht mehr denselben klaren Bezug;[2] da es hier um den Entzug eines Vorteils geht, wurde das Element "für die Zeit" mit einem anderen Bezug versehen. Nicht die Ausübung des Rechts wird für den Zeitraum des Unterlassens der Mitteilung untersagt, sondern der Zeitraum, auf den das Recht bezogen ist, als maßgeblich für die Erfüllung der Mitteilungspflicht angesehen. Eine solche Verschiebung der Bedeutung der Worte "für die Zeit" findet auch beim Bezugsrecht statt, wenn man nicht den

---

1) Schäfer BB 1966, 1004 ff (1006).
2) Vgl. dazu oben S.35 ff.

Ablauf der Bezugsfrist, sondern einen früheren Zeitpunkt für den Verlust des Bezugsrechts für maßgeblich hält.[1)]
Danach wäre es auch bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nicht ausgeschlossen, einen Zeitpunkt aus dem System der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zu bestimmen, bis zu dem die Mitteilung erfolgt sein müßte, wenn anders das mitteilungssäumige Unternehmen nicht nach §20 VII von der Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ausgeschlossen sein soll. Als ein solcher Zeitpunkt käme der HV-Beschluß[2)] oder die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses in Frage, §211.

2. Abschnitt: Die Bedeutung des Unterschieds zur Kapitalerhöhung gegen Einlagen

Wegen der unterschiedlichen Rechtsnatur der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gegenüber der Kapitalerhöhung gegen Einlagen könnte es aber geboten sein, die Sanktion des §20 VII nicht auf diesen Fall zu erstrecken.
Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln führt zu einer Änderung der Rechtslage des Vermögens der AG:[3)] Offene Rücklagen werden in Grundkapital umgewandelt, §207 I. Mit der Ausgabe neuer Aktien erhalten die Aktionäre nur in anderer Form, was ihnen schon zuvor gehörte[4)] und in dem Kurs der Aktie seinen Niederschlag fand. Wollte man nun das mitteilungssäumige Unternehmen nach §20 VII von der Teilnahme an diesem Vorgang ausschließen, so könnte man darin nicht nur den Ausschluß von Rechten, sondern einen Eingriff in die bisherige Vermögenslage der Aktionäre sehen.

---

1) Vgl. oben S.100 ff.
2) So Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.33.
3) Würdinger LB S.171; Lutter in Kölner Kommentar Vorbem. 10 vor §207.
4) Wilhelmi NJW 1960, 169 ff (171); Eckardt BB 1967, 99; Lutter in Kölner Kommentar §212 Anm.2; Wiedemann in Großkommentar §212 Anm.1; Baumbach-Hueck §212 Anm.3; Jörg Gessler §215 Anm.1.

Ob damit ein Unterschied zum Ausschluß des Bezugsrechts bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen gegeben wäre, der die unterschiedliche Behandlung im Falle des §20 VII verlangt, erscheint aber fraglich. Auch den Ausschluß des mitteilungssäumigen Unternehmens vom Bezugsrecht kann man nämlich für einen Eingriff in die Rechts- und Vermögenslage halten; denn das Bezugsrecht ist nur der Ausgleich für die mit der Kapitalerhöhung verbundene Wertminderung der Aktien durch Verwässerung des Aktienkapitals.[1)]

Für den Zweck des §20 VII ist es aber ohne Bedeutung, ob die Sanktion für das Unterlassen der Mitteilung in der Verweigerung des Ausgleichs für einen Nachteil oder darin besteht, daß ein Aktionär an den neu geschaffenen Anteilen nicht beteiligt wird. In der für die Anwendbarkeit des §20 VII wesentlichen Fragestellung nach der Möglichkeit einer vermögensrechtlichen Sanktion dürfte es lediglich einen unwesentlichen Unterschied im Verfahren darstellen, das mitteilungssäumige Unternehmen von der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder dem Bezugsrecht bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen auszuschließen. Man kann auch nicht sagen, daß der Ausschluß von der Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln generell einen so viel schwereren Eingriff bedeutet, daß er deshalb nicht mit dem Ausschluß des Bezugsrechts verglichen werden kann; denn auch der Bezugsrechtsausschluß durch §20 VII kann einen außerordentlich starken Eingriff in das Vermögen des mitteilungssäumigen Unternehmens darstellen.[2)]

Außerdem ist zu bedenken, daß die AG die Rücklagen statt zur Kapitalerhöhung auch anders verwenden könnte: Wenn die für die Erhöhung des Grundkapitals verwendeten offenen Rücklagen aufgelöst und für eine zusätzliche Divi-

---

1) Lutter in Kölner Kommentar Vorbem.15 vor §182, §186 Anm.6; Guntz AG 1958, 177 ff (179); der Betonung der Ausgleichsfunktion entspricht, daß die Bezugsrechte nicht zu den Einkünften gerechnet werden, vgl. Wiedemann in Großkommentar §186 Anm.17 m.w.N.

2) So mit Recht Wiedemann in Großkommentar §215 Anm.1.

dendenausschüttung genutzt würden, würde durch §20 VII ein gleich schwerer Eingriff in die Substanz der Rechte des mitteilungssäumigen Unternehmens vorliegen wie beim Ausschluß von der Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.[1)]

Schließlich scheitert die Anwendbarkeit des §20 VII auf die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nicht daran, daß die Maßnahme der Kapitalerhöhung undurchführbar würde, wenn das mitteilungssäumige Unternehmen von der Teilnahme ausgeschlossen würde; denn die auf das mitteilungssäumige Unternehmen an sich entfallenden Anteile könnten entweder auf die übrigen Aktionäre im Verhältnis ihrer Anteile verteilt werden oder aber von der AG veräußert werden[2)] und damit eine Verbesserung der Vermögenslage der AG bewirken. Auch im Falle des Verstoßes gegen §20 VII würden keine unlösbaren technischen Schwierigkeiten auftreten: Die AG hätte gegen das mitteilungssäumige Unternehmen einen Bereicherungsanspruch wegen der zu Unrecht (§20 VII) entgegengenommenen Aktien und auch hier könnte es nur fraglich sein, ob der Bereicherungsanspruch auf die Aktienstücke oder deren Wert gerichtet ist. Daß auf diese Weise doch wieder größere Rücklagen gebildet werden, stünde der Anwendbarkeit des § 20 VII nicht entgegen; denn die Auflösung der Rücklagen ist nicht der Zweck der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, sondern das Mittel hierzu.

---

1) Auf die Rechtsnatur der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln kommt es dabei nicht an: auch wenn man die Theorie der doppelten Rechtsnatur nicht billigt, sind doch die verschiedenen Möglichkeiten der Behandlung der Rücklagen in Erwägung zu ziehen, denn "es wird lediglich grundsätzlich verteilbares Vermögen in gebundenes Vermögen umgewandelt", vgl. Jörg Gessler §207 Anm.1; zu den Theorien über das Wesen der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vgl. Fischer in Großkommentar 2.Aufl. §150 Anm.7ff; Lutter in Kölner Kommentar Vorbem.1 vor §207.

2) Auf diese Möglichkeit als denkbare Alternative zur Regelung in §215 weist Lutter in Kölner Kommentar §215 Anm.2 hin.

3. Abschnitt: Andere gesetzliche Regelungen

Für die Entscheidung der Frage der Anwendbarkeit des §20 VII auf die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln könnte die gesetzliche Regelung der §§71 VI, 215 und 328 von Bedeutung sein. Der Grundsatz des §71 VI, daß der AG aus eigenen Aktien keine Rechte zustehen, wird von §215 eingeschränkt. Falls nun der Zweck des §71 VI derselbe ist wie bei §20 VII, könnte man an eine Begrenzung des Rechtsverlustes bei §20 VII in gleicher Weise denken.
Wenn der AG aus eigenen Aktien wegen §71 VI kein Bezugsrecht bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen zusteht, wird dadurch der vom Gesetz (§71) als unerwünscht angesehene Erwerb eigener Aktien verhindert. Durch §71 VI wird im Falle der Kapitalerhöhung gegen Einlagen die bisherige Anteilsquote der AG verringert, weil das Grundkapital erhöht wird, ohne daß die AG neue Anteile erhält. Der Zweck des §20 VII dürfte somit nicht vergleichbar sein; denn mit der Sanktion des §20 VII wird nicht der Zuerwerb von Aktien und die Aufrechterhaltung der bisherigen Beteiligungsquote verhindert, sondern nur ein Vermögensnachteil durch den Verlust des Bezugsrechts begründet. Wegen der Verschiedenartigkeit der Zwecke der Regelungen in §71 VI und §20 VII hinsichtlich der Teilnahme an der Kapitalerhöhung gegen Einlagen dürfte eine analoge Anwendung des §215, also eine Begrenzung des Rechtsverlustes nach §20 VII auf die Kapitalerhöhung gegen Einlagen nicht ohne weiteres möglich sein.
Größere Ähnlichkeit dürfte schon zwischen dem Rechtsverlust nach § 328 I Satz 1 und dem nach §20 VII festzustellen sein: Auch bei der wechselseitigen Beteiligung soll der Rechtsverlust, den §328 I Satz 1 im Grundsatz ausspricht, nicht den Zuerwerb von Beteiligungen verhindern. Von einem solchen Verbot hat der Gesetzgeber entgegen dem Vorschlag des Referentenentwurfs Abstand genommen[1], obgleich die wechselseitige Beteiligung als

---

1) Vgl. §286 I Satz 2 des Referentenentwurfs und die Begründung zum RegE bei Kropff S.434.

solche und auch ihre Vergrößerung unerwünscht ist. Demzufolge beschränkt sich bei der wechselseitigen Beteiligung der Zweck des Rechtsverlustes, soweit die Teilnahme an der Kapitalerhöhung gegen Einlagen in Frage steht, auf die Zufügung eines Vermögensnachteils und ist damit einerseits Bestandteil des Systems der Publizität im Rahmen der wechselseitigen Beteiligung - durch die Androhung des Nachteils des Rechtsverlustes soll das mitteilungspflichtige Unternehmen zur Erfüllung der Mitteilungspflicht veranlaßt werden; andererseits kann der Verlust der Rechte aus den Aktien das Unternehmen zur Verringerung seiner Beteiligung veranlassen[1] oder einer Vergrößerung der wechselseitigen Beteiligung entgegenwirken.[2] Zwischen dem Rechtsverlust nach §328 I Satz 1 und dem nach §20 VII dürfte also jedenfalls teilweise Übereinstimmung in der Zweckrichtung bestehen.[3] Ob diese Ähnlichkeit ausreicht, die in §328 I Satz 2 statuierte Ausnahme auch für §20 VII für maßgeblich zu halten,[4] mag zweifelhaft erscheinen.

Wesentlicher als die teilweise Übereinstimmung der Zweckrichtung der Regelungen in den §§20 VII und 328 I Satz 1 ist wohl der Grund für die Regelung in den §§215 und 328 I Satz 2:

Die Teilnahme der eigenen Aktien der AG an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist nicht zwangsläufig in dem Sinne, daß eine andere Lösung unvorstellbar, mit den Wesen der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln unvereinbar wäre. Im Gegenteil könnte die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln eine gute Gelegenheit zur relativen Verringerung des Anteils eigener Aktien der AG sein.

---

1) Begründung zum RegE bei Kropff S.434.
2) Zu der Gefahr, daß die Regelung als Anreiz zum Beteiligungserwerb wirkt vgl. die Kritik von Zöllner am RegE, Zöllner: Schranken S.138,139; ebenso Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §328 Anm.15; Koehler JZ 1959, 113.
3) A.M. Schäfer BB 1966, 1006,1007.
4) So Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.72.

Die Teilnahme der eigenen Aktien an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist vielmehr aus Gründen der Vereinfachung erfolgt.[1)]
Gleiches gilt für die Regelung bei der wechselseitigen Beteiligung; denn auch hier wäre es sehr wohl vorstellbar und gerade mit dem Zweck des Rechtsverlustes nach §328 I Satz 1 vereinbar, wenn der Verlust der Rechte aus den den vierten Teil der Anteile übersteigenden Aktien ausnahmslos, d.h. auch insoweit gelten würde, als die Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in Frage steht. Das Gesetz hat diese an sich mögliche Lösung nicht gewählt, sondern trotz unterschiedlicher Zwecksetzung der Regelungen der §§71 VI und 328 I Satz 1 übereinstimmend in §215 und §328 I Satz 2 die Teilnahme an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln für im übrigen rechtlose Aktien angeordnet. Das Gesetz sieht also bewußt von einer Verbindung anderer Zwecke mit dem Zweck der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ab. Diese Entscheidung ist auch für weitere Regelungen bestimmend gewesen: In der Frage, ob mit den durch die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln geschaffenen neuen Anteilen die Beteiligung der Arbeitnehmer am Vermögen der AG bewirkt werden kann.[2)] Die gegen diese Möglichkeit geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken[3)] dürften für den Gesetzgeber jedenfalls nicht allein ausschlaggebend gewesen sein, die Verbindung von Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln mit der Beteiligung der Arbeitnehmer am Vermögen der AG abzulehnen; das Gesetz hat nämlich die Möglichkeit der Beteiligung der Arbeitnehmer am Vermögen der AG an anderer Stelle geregelt: §§204 III, 202 IV. Damit liegt nur eine Ablehnung

---

1) Geßler BB 1960, 6 ff (10); Wiedemann in Großkommentar §215 Anm.1; Lutter in Kölner Kommentar §215 Anm.2.
2) Vgl. dazu §§ 197 II, 206 des Referentenentwurfs sowie II200 II, 209 des RegE.
3) Vgl. die Darstellung bei Lutter in Kölner Kommentar §212 Anm.7.

des Verfahrens vor,[1] die hier wie bei §215 und §328 I Satz 2 auf die Formel gebracht werden kann, daß das Verfahren der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln frei von der Verwirklichung von Nebenzwecken gehalten werden soll. Die Rechtsfolgen der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln werden vom Gesetz auf die Veränderung der rechtlichen Bindung des Kapitals beschränkt. Weitere Ausprägungen dieses Grundsatzes finden sich im Gesetz, in den §§212 Satz 2, 216 I, 220.[2]
Ob man nun diese Regelungen in der Weise interpretiert, daß man sie für zwangsläufig hält, weil sie dem Wesen der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln entsprechen[3] oder aus diesen Regelungen die Folgerung zieht, das Gesetz habe sich damit für eine bestimmte Ansicht über die Rechtsnatur der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln entschieden[4] - entscheidend ist, daß die hinter den einzelnen Regelungen stehende Wertung auch für die nicht geregelten Zweifelsfragen bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln maßgeblich ist.
Deshalb ist es zutreffend, wenn aus §56 II zwar gefolgert wird, die Ausübung des Bezugsrechts bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen sei dem abhängigen Unternehmen untersagt,[5] daß die Aktien des abhängigen Unternehmens aber an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln teilnehmen.[6] Aus dem gleichen Grund müssen die nach §71 VI Satz 2 und §56 I Satz 3 rechtlosen Aktien an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln teilnehmen,[7] obgleich

---

1) Wie hier Lutter in Kölner Kommentar §212 Anm.6,7.
2) Vgl. Godin-Wilhelmi §207 Anm.2.
3) So etwa für §328 I Satz 2 Godin-Wilhelmi §328 Anm.3; allgemein Godin-Wilhelmi §207 Anm.2; für die Regelung des §212 Lutter in Kölner Kommentar §212 Anm.2.
4) "Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, weil diese der Sache nach die Beteiligung nicht verändert, sondern nur ihren Nennbetrag erhöht" - so die Begründung zum RegE bei Kropff S.433; s. ferner Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.72.
5) S. oben S.122 Fußn.2.
6) Lutter in Kölner Kommentar §215 Anm.2.
7) So Würdinger LB S.172 für §71 VI Satz 2; Lutter in Kölner Kommentar §215 Anm.3 für den Fall des §56 I Satz 3.

ihre Teilnahme in §215 nicht ausgesprochen ist.
Für §20 VII ergibt sich hieraus: Zwar ist die Erstreckung der Sanktion auf die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vorstellbar. Das Gesetz hat aber auch in anderen Fällen (§§215, 328 I Satz 2) den an sich möglichen Ausschluß von der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln abgelehnt. Dieser Ablehnung kommt über die geregelten Fälle hinaus Bedeutung zu; dies ergibt sich einerseits gerade daraus, daß trotz der Unterschiedlichkeit der Zwecke von §71 VI und §328 I Satz 1 eine gleiche Regelung getroffen wurde; andererseits läßt sich aus den weiteren gesetzlichen Regelungen - §§212 Satz 2, 216, 220 - nur der Schluß ziehen, daß die §§215 und 328 I Satz 2 keine Ausnahme sein sollen, sondern Ausdruck der allgemeinen Entscheidung des Gesetzes sind, daß bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln außer dem Grundkapital nichts verändert werden soll.
Hiergegen kann nicht eingewandt werden, aus der Existenz des §328 I Satz 2 müsse gerade deshalb, weil zwischen §20 VII und §328 I jedenfalls teilweise Ähnlichkeit besteht und beide Vorschriften aus der Aktienrechtsreform von 1965 hervorgegangen sind, gefolgert werden, daß dem Gesetzgeber das Problem des Rechtsverlustes bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln im Falle des §20 VII in gleicher Weise bewußt gewesen sein müsse wie bei §328 und aus dem Fehlen einer dem §328 I Satz 2 vergleichbaren Regelung auf eine andere Regelungsabsicht zu schliessen sei. Denn wenn man diesen Maßstab anlegen wollte, müßte man auch dem Wortlaut - "Rechte können nicht ausgeübt werden", "für die Zeit" - bereits eine Bedeutung beimessen, die nach der Entstehungsgeschichte des §20 VII nicht zu rechtfertigen ist.

Viertes Kapitel

Die Teilnahme am Liquidationserlös

Ob §20 VII zum Ausschluß des mitteilungssäumigen Unternehmens von der Teilnahme am Liquidationserlös nach §271 führt, ist ebenfalls umschritten.
Schäfer[1] meint, mit der Auflösung der AG entfalle das Interesse an der Publizität der Beteiligungen und damit der Sinn der Sanktion. Daß die Aufdeckung einer qualifizierten Beteiligung mit der Auflösung der AG ihren Sinn verliere, ist jedoch nicht überzeugend[2]: Für die Vergangenheit kann es z.B. wegen möglicher Ersatzansprüche nach §317 von Interesse sein, ob ein Großaktionär bestimmenden Einfluß hat ausüben können, der für die zur Auflösung führende Entwicklung der AG (mit-)ursächlich gewesen sein kann. Für die Zukunft entfällt auch nicht generell jedes Interesse an der Offenlegung der Beteiligung. Die Auflösung der AG kann sich nämlich über einen längeren Zeitraum erstrecken und der Großaktionär kann auf die Abwicklung nach §264 ff Einfluß nehmen. Entscheidend gegen die Ansicht von Schäfer spricht aber, daß der Zweck des §20 VII nicht zutreffend berücksichtigt wird, wenn man den Bestand der in §20 VII ausgesprochenen Rechtsnachteile vom Fortbestand des Interesses an der Publizität abhängig macht. Wie bei den anderen Vermögensrechten geht es nämlich beim Ausschluß von der Teilnahme am Liquidationserlös nach §20 VII um einen Vermögensnachteil, dessen Androhung das Unternehmen zur Erfüllung seiner Mitteilungspflicht veranlassen soll. Dieser Zweck verbietet es aber, den Rechtsnachteil zu einem späteren Zeitpunkt deswegen entfallen zu lassen, weil das Interesse an der Mitteilung entfallen ist. In gleicher Weise, wie durch die Nachholung der Mitteilung der Verlust des Dividenden- und des Bezugsrechts nicht gegenstandslos wird, darf sich der Eintritt oder Bestand der Sanktion hinsichtlich des Rechts

---

1) Schäfer BB 1966, 1007.
2) Wie hier: Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.73.

auf Teilnahme am Liquidationserlös nicht durch Zeitablauf erledigen.
Als Druckmittel kann §20 VII nur wirken, wenn das mitteilungssäumige Unternehmen mit der Endgültigkeit der Rechtsnachteile rechnen muß und nicht darauf vertrauen kann, daß durch Zeitablauf das Interesse an der Publizität und mit diesem die Sanktion für das Unterlassen der Mitteilung entfällt.
Die einschränkende Auslegung, die Schäfer dem §20 VII gibt, dürfte auf der Vorstellung beruhen, die dem §20 VII hinsichtlich des Stimmrechts zugrunde liegt, sie wird aber nicht der Aufgabe des §20 VII hinsichtlich der Vermögensrechte gerecht.[1] Wenn §20 VII danach im Grundsatz auch für das Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös gilt,[2] ist die Deutung des Merkmals "für die Zeit" noch ungeklärt.
Einerseits entfällt wie beim Bezugsrecht die Möglichkeit, an den Zeitraum anzuknüpfen, für den das Recht gewährt wird; dies ist nur beim Dividendenrecht möglich. Andererseits besteht mit dem Dividenden- und dem Bezugsrecht die Gemeinsamkeit, daß es hier nicht auf die Verhinderung der Rechtsausübungs h a n d l u n g ankommt; d.h. anders als beim Stimmrecht ist es notwendig, den für die Erfüllung der Mitteilungspflicht letzten Zeitpunkt zu bestimmen, was sich beim Stimmrecht durch die Verbindung von Zeitablauf und Rechtsausübungsverbot erübrigt.
Als maßgebliche Zeitpunkte kommen die Auflösung und der Schluß der Abwicklung in Betracht. Wenn man die Mitteilung bis zum Schluß der Abwicklung für die Erhaltung des Rechts auf Teilnahme am Liquidationserlös für ausreichend hält, hat dies den Vorteil, daß auch die Beteiligung von der Sanktion erfaßt wird, die erst nach Auflösung eine mitteilungspflichtige Höhe erreicht. Dieser Umstand dürfte

---

1) So auch Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.35.
2) Im Ergebnis ebenso: Baumbach-Hueck §20 Anm.17; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.35; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.73.

jedoch nicht von so großer Bedeutung sein, daß der damit verbundene Nachteil aufgewogen würde; das mitteilungsäumige Unternehmen könnte bis zum Schluß der Abwicklung die Mitteilung hinausschieben, auch wenn die Beteiligung weit vor dem Zeitpunkt der Auflösung die mitteilungspflichtige erreicht hatte. Zumal wenn man bedenkt, daß der Zuerwerb von Aktien nach Auflösung der AG nicht sehr häufig vorkommen dürfte, ist dem Vorteil der möglichst frühen Mitteilung, die durch die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Auflösung wegen der Gefahr des Rechtsverlustes gefördert werden kann, größeres Gewicht beizumessen. Dies entspricht nicht nur dem Gebot zur "unverzüglichen" Mitteilung in §§20 I, 20 IV, sondern ist auch für die Abwicklung von besonderer Bedeutung. Denn wenn Ansprüche der AG gegen das mitteilungssäumige Unternehmen bestehen - etwa aus §317 oder wegen der Ausübung von Rechten entgegen §20 VII - besteht ein Interesse der AG an möglichst frühzeitiger Kenntnis der Beteiligung, die die Grundlage für die in Frage kommenden Ansprüche sein kann.
Falls eine nach §20 I oder §20 IV mitteilungspflichtige Beteiligung nicht bis zum Zeitpunkt der Auflösung der AG mitgeteilt ist, entfällt damit nach §20 VII der Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös. Durch eine Übertragung der Aktien nach dem Zeitpunkt der Auflösung der AG kann das mitteilungssäumige Unternehmen der Sanktion nicht entgehen: Der Tatbestand des Rechtsverlustes ist eingetreten, und so wenig, wie eine danach erstattete Mitteilung das Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös wieder begründen kann, so wenig darf die Möglichkeit bestehen, durch Übertragung der Rechte auf Dritte dem Nachteil zu entgehen, durch dessen Androhung das Gesetz die unverzügliche Mitteilung erreichen will. Gleiches gilt für die an sich mögliche[1] selbständige Übertragung des Anspruchs auf Teilnahme am Liquidationserlös.

---

1) Würdinger LB S.42.

Leistungen der aufgelösten AG entgegen §20 VII nach §271 erfüllen den Tatbestand von §812 BGB und führen zur Nachtragsabwicklung nach §273 IV.[1] Für die Einzelheiten der Anspruchs gegen das mitteilungssäumige Unternehmen gelten die gleichen Regeln wie beim Bezug der Dividende entgegen §20 VII. Die Verteilung des danach wieder erlangten Betrags erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften des §271,[2] d.h. an die übrigen Aktionäre oder nach Maßgabe abweichender Satzungsbestimmungen.[3]

---

1) S. Baumbach-Hueck §273 Anm.6.
2) Wiedemann in Großkommentar §273 Anm.5a).
3) Wiedemann in Großkommentar §271 Anm.1; Godin-Wilhelmi §271 Anm.2; Baumbach-Hueck §271 Anm.2.

Fünftes Kapitel

Die Ausübung des Stimmrechts entgegen §20 VII

1. Abschnitt: Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses ?

Das Verbot der Stimmrechtsausübung in §20 VII während der Dauer des Unterlassens der nach §§20 I, 20 IV gebotenen Mitteilung ist zwingendes Recht.[1] Wenn man nun eine "Unvereinbarkeit mit dem Wesen der Aktiengesellschaft" bei HV-Beschlüssen annimmt, falls diese gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen,[2] müßte die Ausübung des Stimmrechts entgegen §20 VII nach §241 Nr.3 zur Nichtigkeit des HV-Beschlusses führen. Wenn gleichwohl nach allgemeiner Ansicht[3] die Ausübung des Stimmrechts keinen Nichtigkeitsgrund, sondern lediglich einen Anfechtungsgrund nach §243 darstellt, dürfte dies damit zu erklären sein, daß auch für den ersten Fall des §241 Nr.3 - Unvereinbarkeit mit dem Wesen der AG - ein inhaltlicher Verstoß des HV-Beschlusses gegen die das Wesen der AG ausmachenden Vorschriften verlangt wird.[4] Der Verstoß gegen §20 VII betrifft aber nur die Frage des Zustandekommens des HV-Beschlusses, nicht seine inhaltliche Unvereinbarkeit mit dem Wesen der AG.[5] Deshalb ist weder die erste noch die zweite Alternative des §241 Nr.3 erfüllt.

---

1) Vgl. oben S.69.
2) Würdinger LB S.139; Scheuerle AcP 163 (1964) S.438.
3) Würdinger in Großkommentar §20 Anm.12; ders. LB S.251; Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.78; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.38; Godin-Wilhelmi §20 Anm.10; Baumbach-Hueck §20 Anm.17; Möhring-Tank Rz 731; Emmerich-Sonnenschein S.47; Schmidt Zfges KW 1966, 1081; Schäfer BB 1966, 1004 ff (1005); Tiling AG 1968, 95 ff (96); Begründung zum RegE bei Kropff S.40.
4) Schilling in Großkommentar §241 Anm.18; Godin-Wilhelmi §241 Anm.8.
5) So ausdrücklich Möhring-Schwartz S.290.

2. Abschnitt: Bedenken gegen die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit

a) Auf Grund der Regelung in §405 III Nr.5

An der Wirksamkeit des Verbots der Stimmrechtsausübung nach §20 VII werden mit Recht Zweifel geäußert.[1] Zur Anfechtung des HV-Beschlusses ist nach §245 Nr.1 nur der Aktionär befugt, der gegen den Beschluß Widerspruch erklärt hat. Da das mitteilungssäumige Unternehmen kaum das Stimmrecht in einer Höhe ausüben wird, die den Tatbestand der Mitteilungspflicht erkennen läßt,[2] kann man die Hauptbedeutung des Stimmverbots aus §20 VII im Zusammenhang mit §405 III Nr.5 sehen. Die Überlassung von Aktien zur Ausübung des Stimmrechts würde eine Einflußnahme im vollen Umfang des mitteilungspflichtigen Aktienbesitzes ermöglichen, ohne daß die Gefahr der Entdeckung des mitteilungspflichtigen Tatbestandes bestünde; darin dürfte die Rechtfertigung dafür zu sehen sein, daß das Gesetz nicht die eigene Ausübung der stimmrechtslosen Aktien, sondern nur die Überlassung zur Ausübung an Dritte als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet hat. Wenn nun aber als Verstoß gegen §20 VII praktisch nur die Ausübung des Stimmrechts aus einer wesentlich geringeren Beteiligung als 25% in Frage kommt, muß man erwägen, ob nicht die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit bei einem Verstoß gegen §20 VII den Überlegungen widerspricht, die dem §405 III Nr.5 zugrunde liegen: Eine Ordnungswidrigkeit stellt nur das Überlassen an Dritte dar; dies könnte man als spezielle und abschließende Regelung ansehen, weil die eigene Ausübung des Stimmrechts aus einer größeren Beteiligung daran scheitert, daß mit der Ausübung des Stimm-

---

1) Würdinger LB S.251; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.38; Lutter in Das Deutsche Bundesrecht Lfg. 1966 §20 Anm.4; Emmerich-Sonnenschein S.47.
2) Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.78.

rechts der den Rechtsverlust begründende Tatbestand entdeckt wird und die Ausübung des Stimmrechts in einem Umfang, der nicht zur Entdeckung der Beteiligung führt, nicht für so gefährlich zu halten ist, daß die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gerechtfertigt ist. Die Anfechtbarkeit wegen Verstoßes gegen §20 VII unterläge damit außer den tatsächlichen auch rechtlichen Bedenken.

Das Bedenken, daß das mitteilungssäumige Unternehmen aus praktischen Gründen nur mit einer geringeren als 25%igen Beteiligung abstimmen wird, vermag aber keine generellen Zweifel am Sinn der Anfechtbarkeit bei Verstößen gegen §20 VII zu begründen; dem damit angesprochenen Bedenken hinsichtlich der Bedeutung der heimlichen Einflußnahme ist dadurch Rechnung getragen, daß der HV-Beschluß nur dann anfechtbar ist, wenn er auf dem Verstoß gegen §20 VII beruht.[1] Dabei ist zu beachten, daß sich die relative Stimmrechtsmacht bereits durch die Nichtausübung des Stimmrechts verändern kann[2]: Wenn ein mit 40% mitteilungspflichtiges Unternehmen in Höhe von 20% sich entsprechend §20 VII der Stimmrechtsausübung enthält und insoweit eine Verminderung des stimmberechtigten Grundkapitals um 20% stattfindet, bedeutet die Ausübung des Stimmrechts aus den restlichen 20% entgegen §20 VII bereits eine Stimmrechtsmacht von 20% von 80%, d.h. ein Viertel des stimmberechtigten Grundkapitals.

Wenn aber nur die für den HV-Beschluß kausalen Verstöße gegen §20 VII zur Anfechtbarkeit führen, entfällt die Grund-

---

1) Schilling in Großkommentar §243 Anm10; Godin-Wilhelmi §243 Anm.4; Baumbach-Hueck §243 Anm.8; BGHZ 14, 264 ff (267,268); 36, 121 ff (139); Würdinger LB S.139, 140; Obermüller-Werner-Winden: HV S.321,325.

2) Vgl. Schäfer BB 1966, 1004 ff (1005); Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.74; ob Godin-Wilhelmi a.M. ist, wie Geßler meint, ist zweifelhaft: zwar wendet er sich in Godin-Wilhelmi §20 Anm.10 gegen die Übernahme der Grundsätze zu §71 VI, aber in der Frage der Berechnung der Stimmenmehrheit wird §20 VII mit §71 VI zusammengesehen, vgl. Godin-Wilhelmi § 133 Anm.4; unklar Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.32, wo die Ansicht von Schäfer im Ergebnis gebilligt wird, in der Sache aber das Gegenteil ausgeführt wird.

lage für die Qualifizierung des §405 III Nr.5 als abschließende Regelung für Verstöße gegen §20 VII, die Vermutung, daß die eigene Ausübung des Stimmrechts nicht ins Gewicht falle - ob dies so ist, ist ein Tatbestandsmerkmal der Anfechtbarkeit und demzufolge im Einzelfall zu prüfen.

b) Auf Grund der Ähnlichkeit zu §243 III

Die AG hat auf die Erfüllung der Mitteilungspflicht und die Einhaltung des Stimmverbots aus §20 VII keinen Einfluß.
Das Fehlen des Einflusses der AG auf die Erfüllung der besonderen Pflichten der Kreditinstitute gegenüber den Aktionären aus §128 wird allgemein als ratio legis für §243 III akzeptiert.[1] Auch bei einem Verstoß gegen das Verbot der Stimmrechtsausübung nach §20 VII kann man eine Einschränkung der Anfechtbarkeit in Erwägung ziehen, weil auch hier die Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses zu einem u.U. erheblichen[2] Rechtsnachteil für - möglicherweise - den falschen Adressaten führt.

Der Rechtsnachteil des Stimmverbots aus §20 VII ist aber nicht nur damit zu erklären, daß dem mitteilungssäumigen Unternehmen für das Unterlassen der nach §§20 I, 20 IV gebotenen Mitteilung ein Nachteil in Aussicht gestellt werden soll. Dieser Gesichtspunkt dürfte zwar auch relevant sein, im Unterschied zum Verlust der Vermögensrechte aus den Aktien dürfte beim Stimmrecht der Schwerpunkt aber anders zu bestimmen sein: Wenn in der Begründung zum RegE[3] neben dem eher allgemeinen Interesse an

---

1) Vgl. den Ausschußbericht bei Kropff S.330; Zöllner in Kölner Kommentar §128 Anm.38; Schilling in Großkommentar §243 Anm.26; Godin-Wilhelmi §243 Anm.7; Baumbach-Hueck §§125-128 Anm.14; Obermüller-Werner-Winden: HV S.323.
2) Vgl. Begründung zum RegE bei Kropff S.331; Baumbach-Hueck §244 Anm.2.
3) Bei Kropff S.38.

der Publizität der Beteiligungsverhältnisse als Grund für die Einführung der Mitteilungspflicht die Erhöhung der "Rechtssicherheit bei der Anwendung derjenigen Vorschriften, die an die Höhe einer Beteiligung anknüpfen", genannt ist, muß man auf diese spezifische Zwecksetzung der Mitteilungspflicht hin auch den Zweck des Stimmverbots aus §20 VII bestimmen. Auch wenn man bedenkt, daß es noch andere Vorschriften gibt, die an eine bestimmte Beteiligungsquote anknüpfen, dürfte doch aus dem Zusammenhang der Begründung zur Einführung der Mitteilungspflicht hervorgehen, daß es für die Pflicht zur Mitteilung der mehr als 25%igen Beteiligung entscheidend auf die Sicherung des Systems, des Schutzes von Gläubigern und Minderheitsaktionären ankommt. Das bedeutet, daß der Verlust des Stimmrechts auch oder vorwiegend die Funktion hat, die Rechtssicherheit zu erhöhen, indem die Möglichkeit des Einflusses kraft Stimmrechts solange unterbunden wird, wie die qualifizierte Beteiligung nicht offengelegt wird. Dem Verlust des Stimmrechts für die Dauer des Unterlassens der Mitteilung kommt also eine spezifisch präventive Funktion zu: Wenn die Anwendbarkeit der Schutzvorschriften zugunsten der übrigen Aktionäre und der Gläubiger der AG nicht gewährleistet ist, soll die Einflußnahme durch das Stimmrecht nach §20 VII verhindert werden.

Wenn nun das mitteilungssäumige Unternehmen entgegen §20 VII das Stimmrecht ausübt, kann die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses nicht deshalb als sinnwidrig angesehen werden, weil das Stimmverbot sich nur gegen das mitteilungssäumige Unternehmen richte; es will auch die heimliche Einflußnahme verhindern, hat also auch positive Schutzfunktion zugunsten der AG, der übrigen Aktionäre und der Gläubiger. Man kann auch nicht sagen, daß der Zweck des §20 VII nur in den Fällen einschlägig ist, in denen tatsächlich beherrschender Einfluß ausgeübt wird oder zumindest ausgeübt werden kann; wann dies der Fall ist, läßt sich oft schwer nachweisen, und

die Entscheidung des Gesetzgebers,[1] die Rechte aus a l l e n Aktien zu entziehen, rechtfertigt sich auch aus dieser Überlegung. Der Gedanke des §243 III ist deshalb nicht auf den Fall des Verstoßes gegen §20 VII übertragbar, weil das Fehlen der Einflußmöglichkeit auf die Einhaltung von besonderen Benachrichtigungspflichten wohl nur deshalb für die Ausnahme des §243 III tragender Grund ist, weil nicht die AG, sondern ausschließlich der Aktionär mit §128 geschützt wird und ein Verstoß gegen §128 demzufolge nicht die Belange der AG verletzt, sondern nur die des Aktionärs. Auch wenn dem Kreditinstitut in §128 Pflichten gegenüber dem Aktionär auferlegt werden, handelt es sich nach der Wertung des §243 III aber um eine dem Aktionär und nicht der AG zuzurechnende Pflichtverletzung.
Dementsprechend kann man das Stimmverbot aus §20 VII im Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Stimmverboten sehen:[2] Bei einer Ausübung des Stimmrechts entgegen §136 I oder §136 II tritt die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit ungeachtet der Frage der Einflußmöglichkeit der AG auf das Verhalten des Abstimmenden ein.

e) Bedenken gegen die Anfechtbarkeit auf Grund des Zwecks von §20 VII

Zu den in §136 II ausgesprochenen Verboten der Stimmrechtsausübung besteht aber ein Unterschied, aus dem man zugleich ein anderes Bedenken gegen die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses bei einem Verstoß gegen §20 VII ableiten könnte: Die Stimmverbote des §136 II dauern fort, solange der Aktienbesitz besteht, wie ihn §136 II voraussetzt; das bedeutet, daß nach der Anfechtung des HV-

---

1) Demgegenüber sah der RegE in §19 III den Stimmrechtsverlust lediglich für die die Mitteilungspflicht übersteigenden Anteile vor, vgl. Kropff S.42.
2) So auch Eckardt in Geßler, Hefermehl ua. §136 Anm.43; Barz in Großkommentar §136 Anm.13; Zöllner in Kölner Kommentar §136 Anm.76; Godin-Wilhelmi §136 Anm.6.

Beschlusses bei der neuen Beschlußfassung dem Stimmverbot in der HV Geltung verschafft werden kann.

Anders ist es im Falle des §20 VII: Eine Anfechtung des HV-Beschlusses brachte den Tatbestand der mitteilungspflichtigen Beteiligung zutage; wenn dann das Unternehmen die förmliche Mitteilung nach §20 I oder §20 IV erstattet, auf die auch im Falle des Bekanntwerdens der Beteiligung nicht verzichtet wird,[1] ist es nicht gehindert, bei der neuen Beschlußfassung der HV das Stimmrecht aus allen Aktien auszuüben. Gleiches muß gelten bei der Bestätigung des anfechtbaren HV-Beschlusses nach §244. Zwar ist die Bestätigung als "Anerkennung des früheren Beschlusses als gültig"[2] anzusehen: für die wirksame Stimmabgabe zum Bestätigungsbeschluß kommt es aber auf die Stimmbefugnis zum Zeitpunkt des Beschlusses nach §244 an.

Der Verlust des Stimmrechts ist nur für die Vergangenheit endgültig, nach Erstattung der gebotenen Mitteilung kann für die Zukunft das Stimmrecht ausgeübt werden, und zwar selbst dann, wenn es um denselben Gegenstand der Beschlußfassung der HV geht wie bei dem anfechtbaren Beschluß.

---

1) Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.45; Würdinger in Großkommentar §20 Anm.8; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.7; Baumbach-Hueck §20 Anm.3; eine andere Frage ist, ob mit der Bekanntmachung nach §20 VI die Sanktion des §20VII auch dann entfällt, wenn keine Mitteilung erfolgt ist - bejahend: Leo AG 1965, 352 ff (354); Würdinger LB 2.Aufl., S.315; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.25; für letztere Frage dürfte es ohne Bedeutung sein, ob man die AG zu der Bekanntmachung nach §20 VI ohne vorherige Mitteilung für befugt - bejahend: Leo AG 1965, 352 ff (353) für die Einmann-AG; Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar §20 Anm.25 oder sogar für verpflichtet hält - verneinend: Godin-Wilhelmi §20 Anm.8.

2) Zum Begriff der Bestätigung vgl. Schilling in Großkommentar §244 Anm.2; Baumbach-Hueck §244 Anm.2.

Man könnte zwar in Erwägung ziehen, daß aus dem Zweck des §20 VII, dem mitteilungssäumigen Unternehmen einen Rechtsnachteil anzudrohen, der Verlust des Stimmrechts auch mit der Maßgabe endgültig sein müsse, daß das Stimmrecht auch bei einer neuen Beschlußfassung über diejenigen Fragen nicht ausgeübt werden darf, die Gegenstand des Beschlusses waren, bei dem wegen unterlassener Mitteilung das Stimmrecht nach §20 VII nicht ausgeübt werden durfte. Dies würde den Charakter der Sanktion des §20 VII verstärken. Beim Stimmrechtsverlust dürfte aber der Gedanke im Vordergrund stehen, die heimliche Einflußnahme zu verhindern, und dies muß auch für die inhaltliche Ausgestaltung des Stimmverbots maßgeblich sein. Gegenüber dem Einwand, bei dieser Auslegung werde der Wert des §20 VII eingeschränkt, weil das mitteilungssäumige Unternehmen zur Mißachtung des Stimmverbots veranlaßt werden könnte, ist auf die für das Unternehmen nachteiligen Rechtsfolgen der Anfechtung des HV-Beschlusses hinzuweisen.[1)]

Es fragt sich, ob bei dieser Sachlage nicht mit der Nachholung der Mitteilung der Sinn der Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses entfällt. Dafür spricht, daß mit der Nachholung der Mitteilung der Zweck der Mitteilungspflicht, "Rechtssicherheit bei der Anwendung derjenigen Vorschriften, die an eine bestimmte Höhe der Beteiligung anknüpfen"[2)] herzustellen, insoweit erreicht ist, als nunmehr für die Zukunft die Publizität hergestellt ist. Auch für die Vergangenheit könnte man dies insofern bejahen, als die Folgen der Einflußnahme des Unternehmens auf die AG in Frage stehen; jedenfalls die materiellen Ausgleichsnormen zum Schutz der Aktionäre, der Gläubiger und der AG können für die Einflußnahme in der Vergangenheit eingreifen.

Damit dürfte aber der Zweck des §20 VII hinsichtlich des Stimmrechts nicht erschöpft sein: Verhindert werden soll

---

1) S. unten S.153.
2) Vgl. Begründung zum RegE bei Kropff S.38.

nicht nur, daß die Einflußnahme ohne Folgen bleibt, sondern der Vorgang der Einflußnahme selbst soll verhindert werden, solange die geforderte Publizität nicht besteht. Es geht deshalb bei einem Verstoß gegen das Stimmverbot aus §20 VII nicht nur um die Sicherstellung von Ausgleichsansprüchen, sondern um die Revision des Vorgangs der Einflußnahme. Man kann auch nicht sagen, daß bei der neuen Abstimmung in der HV ohnehin alles beim alten bleibe, weil das Unternehmen nunmehr nach Erstattung der Mitteilung sein volles Stimmrecht aus allen Aktien ausüben kann und in gleicher Weise abstimmen werde wie zuvor: Diese Prognose ist so sicher nicht, denn es bedeutet schon einen Unterschied für das Unternehmen zu wissen, daß seine Einflußnahme dem Interesse ausgesetzt ist, das dem Verhalten eines Großaktionärs entgegengebracht wird. Andererseits kann es auch für die Willensbildung der übrigen Aktionäre von Bedeutung sein, von der Existenz eines Großaktionärs zu wissen.
Wenn auch der Zweck des Stimmrechtsverlustes nach §20 VII nicht kongruent ist mit den von §136 I und §136II verfolgten Zwecken, so ist doch die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit nach §243 I für den Verstoß gegen §20 VII nicht nur vom Wortlaut des §243 I, sondern auch vom Sinn des Stimmrechtsverbots aus §20 VII und der Aufgabe der Anfechtbarkeit von HV-Beschlüssen die richtige Rechtsfolge.

3. Abschnitt: Schadensersatz wegen Ausübung des Stimmrechts entgegen §20 VII

Der AG entstehen durch die erfolgreiche Anfechtungsklage außer den Prozeßkosten die Kosten für die neue HV. Es fragt sich, ob das mitteilungssäumige Unternehmen auf Grund seiner Stimmrechtsausübung entgegen §20 VII zum Ersatz des Schadens der AG verpflichtet ist.
Die Frage kann man m.E. nicht mit der Qualifikation des §20 VII als Schutzgesetz i.S. von §823 II BGB lösen. Auch wenn man sagt, daß §20 VII (soweit das Stimmrecht in Frage steht) die heimliche Einflußnahme des Großaktionärs verhindern und damit die AG, die übrigen Aktionäre und die Gläubiger schützen will, läßt sich aus §20 VII nicht der Schutzzweck ableiten, die AG vor dem Schaden zu bewahren, der durch eine erfolgreiche Anfechtung des HV-Beschlusses wegen §20 VII entsteht. Daraus folgt aber nicht, daß der Verstoß gegen das Stimmverbot aus §20 VII keine Folgen für das mitteilungssäumige Unternehmen hat [1] und der Schaden bei der AG verbleibt. Dies wäre bei einem Verstoß gegen §20 VII so wenig sachgemäß wie bei einem Verstoß gegen andere Stimmverbote. Im Grundsatz ist vielmehr der Ansicht[2] zuzustimmen, daß bei einem Verstoß gegen ein Stimmverbot der Schaden der AG, der in den Prozeßkosten und den Kosten für die durch die Anfechtung erforderlich werdende neue HV[3] besteht, von dem zu ersetzen sind, der die Anfechtbarkeit durch die verbotswidrige Stimmabgabe schuldhaft verursacht hat. Für die einzige in Betracht kommende Anspruchsgrundlage, §823 II BGB, braucht

---

1) So aber Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.79.
2) So für die Kosten der neuen HV, ohne Erwähnung der Prozeßkosten Zöllner in Kölner Kommentar §136 Anm.60; ders. in Schranken S.426 Fußn.23; Eckardt in Geßler, Hefermehl ua. §136 Anm.49, allerdings nur mit Blick auf einen Verstoß gegen §405 III Nr.5; gegen diese Beschränkung mit Recht Zöllner in Kölner Kommentar a.a.O.
3) Dabei macht es m.E. keinen Unterschied, ob die Kosten für einen neuen HV-Beschluß nach erfolgreicher Anfechtung oder für einen Beschluß nach § 244 in Frage stehen.

man jedoch ein Schutzgesetz, dessen Schutzzweck in sachlicher Hinsicht - jedenfalls auch - die Verhinderung des Schadens aus der Anfechtbarkeit umfaßt.
Dieser Schutzzweck ist dem §20 VII genauso wenig zu entnehmen wie dem §136 I und dem § 136 II. Durch §136 I sollen Interessenkollisionen verhindert,[1] durch §136 II soll die Einflußnahme der Verwaltung auf die eigene HV der AG verhindert werden.[2] Diese Zweckbestimmung trägt im Falle der Verletzung des Stimmverbots als einzige Rechtsfolge die Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses, in gleicher Weise wie beim Verstoß gegen §20 VII.
Nirgends ausgesprochen ist das Gebot an die Aktionäre, sich bei Abstimmungen so zu verhalten, daß der AG aus der Verletzung von Vorschriften durch die Aktionäre kein Schaden entsteht. Die Verletzung eines so oder ähnlich zu formulierenden Verhaltensgebots macht aber den Grund für die Ersatzpflicht des Aktionärs aus. Dies erhellt daraus, daß eine Ersatzpflicht nicht nur bei der Verletzung von Stimmverboten, sondern auch dann unabweislich ist, wenn der Aktionär andere Pflichten verletzt und die schuldhaft rechtswidrige Verursachung der Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses für die AG zum Schaden führt. Die Anfechtbarkeit von HV-Beschlüssen knüpft lediglich an die Verletzung des Gesetzes oder der Satzung an; diese Verletzung kann aber auch durch einzelne Aktionäre geschehen und ihre Verantwortlichkeit für den der AG dadurch entstehenden Schaden aus der Anfechtung ist nicht größer bei einem Verstoß gegen ein Stimmverbot als bei einem Verstoß gegen eine andere Vorschrift, die das Zustandekommen des HV-Beschlusses betrifft.
Dementsprechend dürfte es doch die richtigere Begründung für eine Schadensersatzpflicht des Aktionärs wegen Ver-

---

1) Begründung zum RegE bei Kropff S.200; Eckardt in Geßler, Hefermehl ua. §136 Anm.4,10; Barz in Großkommentar §136 Anm.2; Zöllner in Kölner Kommentar §136 Anm.5; Baumbach-Hueck §136 Anm.1,3.
2) Begründung zum RegE bei Kropff S.201; Eckardt in Geßler, Hefermehl ua. §136 Anm.39; Barz in Großkommentar §136 Anm.13; Zöllner in Kölner Kommentar §136 Anm.68.

stoßes gegen ein Stimmverbot sein, wenn man die Verletzung der aus dem "körperschaftlichen Mitgliedschaftsverhältnis" abzuleitenden Pflichten als Verletzung des Schutzgesetzes nach §823 II BGB ansieht.[1)]

Im Ergebnis ist es freilich kein Unterschied, wenn man es vorzieht, den Schutzzweck einer Norm als so weit zu beschreiben, daß die Folgen des Verstoßes gegen die allgemeinen Pflichten eines Aktionärs miteinbezogen werden. Die Definierung des Schutzzwecks nimmt dann aber leicht willkürliche Züge an; denn vom Schutzzweck etwa der Vermeidung von Interessenkollisionen (§136 I) oder der Verhütung heimlicher Einflußnahme (§20 VII) zu der Verhinderung des Schadens, der der AG als Kosten infolge der Anfechtung entstehen, führt nur eine allgemeinere Begründung als die aus der jeweiligen verletzten Rechtsnorm, und diese allgemeinere Begründung wird der jeweiligen Norm hinzugefügt, wohl weil die Nähe zur lex scripta die Überzeugungskraft selbst dann erhöht, wenn in der Methode der Schutzzweckermittlung großzügiger verfahren wird als sonst bei der Ermittlung des Zwecks einer Rechtsnorm.

Die Folgen der Unschärfe der Ermittlung des Schutzzwecks in sachlicher Hinsicht zeigen sich bei der Bestimmung des Schutzzwecks in personeller Hinsicht. Wenn gesagt wird,[2)] daß nur der AG, nicht auch den Aktionären und Gläubigern der AG ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Stimmverbote zustehe, so ist dies im Ergebnis zwar zutreffend. Angesichts des Umstandes, daß mit dem Stimmverbot aus §20 VII die heimliche Einflußnahme und damit das Leerlaufen der Schutzvorschriften für Minderheitsaktionäre und Gläubiger verhindert werden soll, kann eine Beschränkung der Ersatzpflicht auf die AG als Berechtigte aber nur dadurch begründet werden, daß die Ersatzpflicht nicht aus dem Verstoß gegen das Stimmrecht abgeleitet wird, sondern aus

---

1) A.M. Zöllner in Kölner Kommentar §136 Anm.60, der diese von ihm erwogene Begründung ablehnt.
2) Zöllner in Kölner Kommentar §136 Anm.62.

der durchaus selbständigen allgemeinen oder mitgliedschaftlichen Verpflichtung, die Abstimmungsregeln einzuhalten und damit die AG vor Schaden aus der Anfechtbarkeit zu bewahren; eine Verpflichtung, die unabhängig von der Schutzrichtung der Norm ist, die verletzt wird.
Ein Verstoß gegen das Verbot des §20 VII löst für sich genommen gar keinen Schadensersatzanspruch aus:[1] Nicht etwa, weil kein Schaden daraus entstehen könnte, sondern weil für den Ersatz des durchaus möglichen Schadens aus der Einflußnahme auf die AG die materiellen Ausgleichsansprüche im Recht der verbundenen Unternehmen gelten (§§311 ff, 317), für deren Anwendbarkeit die Frage ohne Bedeutung ist, ob bei der Einflußnahme §20 VII mißachtet wurde.

---

1) Insoweit kann der Ansicht von Geßler in Geßler, Hefermehl ua. §20 Anm.79 gefolgt werden.

Lebenslauf

Am 23. April 1942 wurde ich als 5. Kind des Gärtners Clemens Berkenbrock und seiner Ehefrau Helene, geborene Schulz, in Darfeld, Kreis Coesfeld, geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

In Darfeld besuchte ich die Volksschule und in Coesfeld das staatliche Gymnasium Nepomucenum. Dort bestand ich am 27. Februar 1963 die Reifeprüfung auf dem altsprachlichen Zweig der Schule.

In Münster studierte ich 10 Semester Rechtswissenschaft und legte am 23. Dezember 1968 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm ab.

Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 22. Juli 1974 vor dem Landes-Justizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf ab.

Die vorliegende Dissertation entstand zum Teil während der Referendarzeit, zum Teil in der Zeit nach dem zweiten Staatsexamen.

Seit dem 2. November 1976 bin ich am Landgericht Dortmund als Richter tätig.